

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO LVII

MMIV



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

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

Secretario:

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

Vicesecretario:

M.^a CARMEN FIGUEROA NAVARRO
Profesora Titular (EU) de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Consejo de Redacción:

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

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

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

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

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

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

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

CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO
Ex Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

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

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

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

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

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

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Pablo de Olavide

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

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

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

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

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

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

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

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

**ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y CIENCIAS PENALES**

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Cuatrimestral.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

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

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

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 44 29 / 21 87

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 LVII
MMIV**

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): 007-06-002-X
NIPO (M. de Justicia): 051-06-003-X
ISSN: 0210-3001
Depósito legal: M-126/1958

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

Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant *

PROF. DR. JOACHIM HRUSCHKA

Catedrático. Universidad Erlangen

En su *Nachtrag zu dem Raisonement des Hrn Professor Kant über das Verhältniß zwischen Theorie und Praxis*, aparecido en 1793 en la *Berlinischen Monatsschrift* (1), exactamente el mismo lugar donde tan sólo algunos meses antes se publicó el trabajo objeto de crítica (2), Gentz, un discípulo temprano de Kant, se ocupa de las revoluciones: «tan a menudo y bajo tan diversas circunstancias podemos encontrar... en la historia ejemplos de sublevaciones populares mayores o menores, generales o locales: podemos afirmar con toda seguridad y sin miedo a equivocarnos que en estos casos el *Derecho* ha resultado lesionado. La diversidad de las circunstancias en las que se hallan los pueblos que se rebelan produce también una diversidad en las causas que exculpan la acción contraria al ordenamiento jurídico. Así, la decisión de arrojar al mar a un enemigo que tras un naufragio se halla en una delgada tabla, cuando es inevitable

* Título original: «Rechtfertigungs-und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Carneades bei Gentz und bei Kant», publicado en *GA*, 1991, pp. 1 ss. Traducción a cargo del Dr. Ricardo Robles Planas, Profesor de Derecho Penal en la Universidad Pompeu Fabra, Investigador Ramón y Cajal.

(1) Friedrich GENTZ, «Nachtrag zu dem Raisonement des Hrn Professor Kant Über das Verhältniß zwischen Theorie und Praxis», *Berlinische Monatsschrift*, ed. por J. E. Biester, vol. 22, 1793, pp. 518 ss, 545 s.; reproducido también en Dieter Henrich (ed.), *Kant-Gentz-Rehberg: Über Theorie und Praxis*, Francfort d. M., 1967, pp. 89 ss. y 106 s. (con cursivas en el original).

(2) Immanuel KANT, «Ueber den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis», *Berlinische Monatsschrift*, vol. 22, 1793, pp. 201 ss.; reproducido también en *Kants gesammelte Schriften*, ed. de la Academia Prusiana de Ciencias (y otras Academias), *AA*, vol. VIII, pp. 273 ss.

que uno mismo se ahogue, nunca puede llegar a *justificarse*, pero en cambio (porque aun en la más extrema necesidad es propio del heroísmo guiarse por el mero concepto del deber) sí puede encontrar *exculpación*. Asimismo, cuando una nación absolutamente oprimida por un tirano se libra de su yugo mediante una sublevación, será siempre ésta una acción *antijurídica*, pero puede ser *disculpable*. Ello es así porque lo que la humanidad *perdona* nunca puede ser la regla en un sistema de *derechos*, pues nada debe contradecir al concepto de Derecho en una teoría general del Estado. Y ello debe ser siempre absolutamente así: una rebelión contra el jefe jurídicamente instaurado es una acción no permitida, siendo indiferente que fuera motivada por el mayor de los sufrimientos inhumanos y por la más sangüinaria de las tiranías».

De este pasaje no interesa ahora la toma de postura de Gentz sobre el Derecho de resistencia, sino la distinción entre causas de justificación y de exculpación que el autor utiliza de forma tan natural. «Justificación» significa para Gentz que un hecho que *prima facie* se presenta como antijurídico deja de serlo después de un ulterior análisis. «Ausencia de justificación» significa que el hecho que después de un primer análisis es antijurídico, sigue siéndolo cuando se examina más detenidamente. Por el contrario, la «exculpación» presupone la comprobación de la previa contrariedad a Derecho del hecho, incluyendo su ausencia de justificación. La exculpación tiene lugar cuando se disculpa al autor, cuando se le perdona. Esto último no afirma que el hecho disculpado estuviera «permitido» o «autorizado». Pues si todo permiso o autorización comportara la justificación, ésta sería, como Gentz expresa, una regla perteneciente al «sistema del Derecho». Sin embargo una regla en virtud de la cual se perdona a alguien se halla, como afirma Gentz, por principio fuera de ese sistema.

El caso sobre el que Gentz expresa la distinción es un ejemplo clásico que, según la exposición de Lactancio, fue introducido por Carnéades (3). Posteriormente, desde su comentario en la obra de Pufendorf *De Jure Naturae et Gentium* de 1672 (4), forma parte de los casos estándar de la doctrina jurídica europea. Como muy tarde es a

(3) *Divinae Institutiones*, lib. V, cap. 16. Cfr. *L. Caelius Firmianus Lactantius, Opera Omnia*, ed. de Samuel Brand y Georg Laubmann, pars I, Pragae, Vindobonae, Lipsiae, MDCCCXC, p. 451.

(4) Samuel PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium libri octo* (1672), aquí utilizado en su *editio secunda*, Francofurti ad Moenum, MDCLXXXIV, lib. II, cap. III, § 11 al final. El capítulo sobre la situación de necesidad «*De Jure et Favore Necessitatis*», lib. II, cap. VI.

partir de Pufendorf (5) cuando deviene usual caracterizar los casos del estilo del de la tabla de Carnéades como *casus necessitatis*. En efecto, a los trabajos de Pufendorf les corresponde el mérito de haber dado el impulso decisivo a la discusión de los casos de estado de necesidad en las décadas posteriores (6). En concreto, fue Pufendorf quien planteó la cuestión de si debe reconocerse un *jus* o un *favor necessitatis*. La solución que Gentz da al caso de la tabla afirma que el autor no tiene derecho de empujar fuera de la tabla a otro, que, por consiguiente, en terminología de Pufendorf, no existe un *jus necessitatis*. Sin embargo, sí que hay un *favor necessitatis*, en virtud del cual, y pese a que el hecho sigue siendo antijurídico por ausencia de un derecho de defensa, puede ser disculpado. En el lenguaje de Gentz: la situación de necesidad no otorga al autor una causa de justificación, sino una causa de exculpación.

La solución postulada por Gentz presupone la asunción de los conceptos mencionados. De hecho, el concepto de causa de justificación en el tiempo en el que Gentz escribe es desde hace tiempo corriente. Así, ya Grotius en 1625 lo había utilizado en un lugar destacado: inmediatamente al comienzo del segundo libro de su *De Jure Belli ac Pacis*. Allí Grotius se ocupa detalladamente de la pregunta relativa a cómo es posible justificar una guerra, si bien el lector debe tener en cuenta que bajo el término «guerra» se están incluyendo los casos de «guerra privada», casos respecto de los cuales hoy ya no hablamos de «guerra», sino de «legítima defensa» o de «defensa frente a un ataque». En este contexto, Grotius introduce el concepto de «*causa justificata*» (7), concepto que Barbeyrac vierte al francés en su famosa traducción de 1724 como «*la Raison justificative*» (8). La autoridad de Grotius y de su traductor provocaron que el mencionado concepto se impusiera rápidamente en el siglo XVIII. Por este motivo Achenwall no tuvo ningún problema en utilizar los conceptos de «*caussa justificata*» o «*ratio iustificata*» en su *Ius Naturae*, publicado en los años cincuenta y sesenta de aquel siglo. Pero además, Achenwall

(5) Sobre la expresión «*casus necessitatis*» en Samuel PUFENDORF, por ejemplo, en *De Officio Hominis et Civis libri duo*, Londini Scanorum, MDCLXXXIII, lib. I, cap. V, § XVIII.

(6) Al respecto, Hans WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, Berlín, Nueva York, 1958, pp. 89 ss.

(7) Cfr. Hugo GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis libri tres* (1625), ed. de B. J. A. de Kantervan Hettinga Tromp, Lugduni Batavorum, MCMXXXIX, lib. II, cap. I, § I, p. 167.

(8) *Le Droit de la Guerre et de la Paix. Par HUGUES GROTIUS, Nouvelle Traduction, par Jean BARBEYRAC ... Avec ... des nouvelles Notes du Traducteur* tome premier. Amsterdam, MDCCXXIV, p. 203.

se ve también en condiciones de aplicar el concepto aun cuando se trata de la autorización para atacar los bienes jurídicos de ciudadanos no culpables en relación con el estado de necesidad del Estado, si bien lo separa radicalmente de las acciones puramente defensivas (9). Con todo, la traducción alemana de «*causa*» o «*ratio iustificata*» es literalmente «causa de justificación» (*Rechtfertigungsgrund*).

Evidentemente, el pensamiento de la exculpación era familiar desde hacía tiempo para los autores de finales del siglo XVIII. Alude a la antigua Filosofía moral y al Derecho romano. En un pasaje en *De Jure Belli ac Pacis* se referiría Grotius a la distinción entre causas de justificación y de exculpación al escribir que una situación de estado de necesidad, si bien no justifica, por lo menos exculpa: «*necessitas si non defendit tamen excusat*» (10). Sin embargo, en Grotius la relación entre el que se «defiende» y aquel al que se «disculpa» es cualquier cosa menos algo claro. *A fortiori*, se echa de menos una consideración clara sobre la relación entre «defensa» y «causa de justificación». Con Pufendorf la situación no mejora cuando afirma, a propósito del caso de Carnéades, que aquello que en virtud de la situación de necesidad más se disculpa que se aprueba, de ningún modo debe ser comprendido como una regla general de actuación: «*quod per necessitatem... magis excusatur, quam adprobatur, hautquidquam in communem agendi regulam esse trahendum*» (11). Aquí únicamente se sustituye el «defender» de Grotius por el «aprobar», de modo que la relación entre los conceptos sigue quedando abierta. El resto de consideraciones de Pufendorf sobre el estado de necesidad tampoco aportan claridad al respecto. Por lo menos Barbeyrac expresa la posición de Grotius con las palabras «*la Nécessité, qui fournit toûjours, sinon dequoi se justifier entièrement, du moins dequoi s'excuser*». Con ello equipara el «defender» con el «justificar». Es muy probable que nosotros debamos buscar en esta traducción el origen de la práctica extendida en el siglo XVIII, también en contextos más generales, de utilizar a la vez

(9) Sobre la «*Sola laesio [est] caussa iustificata coactionis*» de Achenwall véase Gottfried ACHENWALL, *Ius Naturae, editio sexta emendatio*, Gottingae, MDCCLXVII, § 260 y 265; cfr. también *editio quarta emendatio*, Gottingae, MDCCCLVIII, y *editio quinta emendatio*, Gottingae, MDCCLXIII, siempre en § 260. Sobre la «*ratio iustificata*» en caso de *ius eminens*, véase Gottfried ACHENWALL, *Iuris Naturalis pars posterior, editio quarta emendatio*, Gottingae, MDCCLVIII; *editio quinta emendatio*, Gottingae MDCCLXIII; *editio sexta emendatio*, Gottingae MDCCLXVIII, siempre en § 146.

(10) GROTIUS, lib. III, cap. XI, § IV, núm. 7 (p. 744); la correspondiente traducción de Barbeyrac, que va a ser citada inmediatamente, se halla en la p. 864 en el núm. 4.

(11) PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, lib. II, cap. III, § 11, al final.

«justificar» y «exculpar». Por ejemplo, Höpfner en 1780 explica que no querría «ni justificar ni exculpar» la publicación de su escrito sobre Derecho natural (12). Ulteriores muestras de esta práctica pueden hallarse en otros juristas alemanes (13). Sin embargo, este uso del lenguaje no está limitado al ámbito germánico. Cuando Hutcheson observa acerca de las buenas consecuencias de una acción que no lo son en la medida suficiente, «*they may extenuate the guilt, but do not justify the action*» (14), puede percibirse que también él está pensando en la traducción del libro de Grotius hecha por Barbeyrac, pues ésta no sólo era famosa en Alemania, sino también en Escocia. Sin embargo Barbeyrac no es el único origen posible, sino que ya en 1716 Hawkins, a quien Adam Smith siguió medio siglo después (15), distinguía entre «*justifiable homicide*» y «*excusable homicide*» (16).

Es en este contexto donde debe situarse la toma de postura de Baumgarten en *Initia Philosophiae Practicae Primae* de 1760 (17). Baumgarten se sirve allí de la distinción entre «*imputatio facti*» e «*imputatio legis*», esto es, «imputación del hecho» e «imputación de la ley», si bien él concibe la *imputatio legis* expresamente como «*applicatio legis ad factum s[ive] facti sub lege subsumptio*», es decir, como «aplicación de la ley al hecho o subsunción del hecho en la letra de la ley» (18). En el caso de la *imputatio legis* por parte de un tribunal externo, un «*forum externum*», pueden existir razones para no aplicar completa o parcialmente la ley al hecho de cuya imputación se

(12) Ludwig Julius Friedrich HÖPFNER, *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker*, 5.^a ed. mejorada, Gießen, 1790, prólogo a la primera ed. (de 1780), p. 1.

(13) Cfr. por ejemplo la carta de Ernst Ferdinand Klein a Kant de 22 de diciembre de 1789, reproducida en la AA, vol. XI, pp. 117 ss., 118. Paul Johann Anselm FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Erster Theil*, Erfurt, 1799, p. VI y p. 103.

(14) Francis HUTCHESON, *A System of Moral Philosophy*, published from the original Manuscript, by his son Francis HUTCHESON, vol. I, London, MDCCLV (= *Collected Works of Francis Hutcheson*, Facsimile Editions Prepared by Bernhard Fabian, vol. V, Hildesheim, 1969), p. 231. Cfr. también anteriormente, Francis HUTCHESON, *An Inquiry into the Original of our Ideas of Beauty and Virtue*, London, MDCCXXV (= *Collected Works*, vol. I, Hildesheim, 1971), p. 156.

(15) Adam SMITH, «Lectures on Jurisprudence», ed. por R. L. Meek, D. D. Raphael, P. G. Stein, *The Glasgow Editions of the Works and Correspondence of Adam Smith*, Oxford, 1978, p. 111 (report of 1762-2) y p. 477 (report dated 1766).

(16) William HAWKINS, «A Treatise of the Pleas of the Crown», Book I, *In the Savoy*, 1716, pp. 69 ss.; igualmente en *The Third Edition*, MDCCXXXIX, pp. 69 ss.

(17) Alexander Gottlieb BAUMGARTEN, *Initia Philosophiae Practicae Primae, Halae Magdeburgicae*, 1760, reproducido también en la AA, vol. XIX, pp. 7 ss.

(18) BAUMGARTEN, § 125.

trata –y en concreto debería completarse: también y sobre todo no aplicarla pese a que el hecho colma el tipo de la ley–. La relación de las razones, «*declaratio rationum*», en virtud de las cuales el hecho deja de ser imputado, Baumgarten la denomina «*exculpatio*», mientras que por «*excusatio*» entiende la relación de razones que disminuyen el grado de imputabilidad del hecho (19). En esta distinción puede reconocerse fácilmente la bipartición de Grotius entre «*defensio*» y «*excusatio*», y es obvio que se están reproduciendo los conceptos «*exculpatio*» y «*excusatio*» empleados por Barbeyrac y la por aquel entonces incipiente terminología de «justificación» y «exculpación».

El *Ius Naturae* de Achenwall y los *Initia Philosophiae Practicae Primae* de Baumgarten son los orígenes de la terminología empleada por Gentz. Posteriormente Kant toma por base estas obras en sus lecciones sobre Derecho natural, sobre Filosofía práctica y Filosofía moral, y Gentz asiste a las lecciones de Kant en Königsberg (20). No debería existir ninguna duda razonable sobre el hecho de que Kant identificó los conceptos de Achenwall de «*caussa*» y «*ratio iustificata*» con el concepto de «causa de justificación», pese a que no pueda aportarse, por el momento, prueba alguna al respecto. Sin embargo, el ejemplar de los «*Initia*» que Kant usaba corrientemente muestra que tradujo la *exculpatio* de Baumgarten por «justificación» (21), y de los apuntes tomados de las lecciones se desprende que «*excusatio*» significa también para él «exculpación» (22). Incluso el propio caso de Carnéades Gentz lo tomó de Kant. En todo caso, Kant se refirió al caso en cuestión especialmente en su artículo publicado en la *Berli-*

(19) Cfr. sobre ello BAUMGARTEN, § 195-198.

(20) Sobre las relaciones entre KANT y GENTZ cfr. la introducción del editor en *Immanuel Kant, Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, ed. de Karl Vorländer (1913), reimpr. no modificada de 1964, Hamburgo, pp. XXXI s.

(21) AA, vol XIX, p. 88, l. 2.

(22) En clara coincidencia con la teoría de KANT en *La metafísica de las costumbres*, teoría que más adelante será comentada, se menciona en una nota final a una lección que aún se conserva lo siguiente: «la *fragilitas* y la *infirmetas humana* sólo pueden ser tenidas en cuenta para juzgar las acciones de otros hombres, yo no debo contar con aquellas con respecto a mis propias acciones, y por ello éstas sólo me pueden *exculpar*», AA, vol. XXVII.1, p. 295 (*Moralphilosophie Collins*; la cursiva de «exculpar» es mía). Prácticamente idéntico, AA, vol. XXVII.2.2, p. 1443 (*Moral Mrongovius*). Los dos pasajes se refieren al § 198 de Baumgarten. Véase también, Paul MENZER, *Eine Vorlesung Kants über Ethik*, II ed., Berlin, 1925, p. 81. Importante es también AA, vol. XXVII.2.1, p. 570 (*Metaphysik der Sitten Vigilantius*). KANT utiliza un lenguaje –ciertamente con términos todavía no fijados con precisión– que resulta muy próximo al nuestro, como se muestra también la frase «una culpabilidad presupone siempre un injusto», AA, vol. XXVII.1, p. 155 (*Praktische Philosophie Powalski*): «La culpabilidad presupone siempre el injusto».

nische Monatsschrift de 1793, al que viene a responder el trabajo de Gentz (23).

Con todo, esta explicación no es lo suficientemente satisfactoria. En efecto, la tesis de Gentz sigue presentando el problema referido a que «aquello que la humanidad perdona nunca puede ser la regla en un sistema de derechos». Si se toma realmente en serio este postulado, entonces las reglas de la exculpación se erigen en sistema independiente, que no debe confundirse con el sistema de derechos, deberes y reglas de justificación. Pero este extremo, incluso siendo insinuado (quizá) en Pufendorf, no es abordado ni por Achenwall ni por Baumgarten. Por el contrario, el paralelismo de Baumgarten entre «*exculpatio*» y «*excusatio*» sugiere encuadrar ambas excepciones bajo el mismo género, radicando la diferencia entre ellas exclusivamente en que la exculpación excluye completamente la imputación, mientras que la *excusatio* tan sólo la restringe. Ambas constituyen «*exceptiones in iure*», como afirma Baumgarten, es decir, excepciones de la regla que de lo contrario conduciría a la segura aplicación de la ley con toda su dureza.

Que los problemas sistemáticos ligados a los conceptos de justificación y exculpación no pueden solucionarse sobre la base de una mera división entre «*imputatio facti*» e «*imputatio legis*», como creía Baumgarten, ya lo había percibido Daries algunos años antes de la aparición de *Initia Philosophiae Practicae Primae*. En su *Observatio* sobre el estado de necesidad de 1754 (24) Daries parte de Cicerón, quien había distinguido entre la «*necessitas simplex seu absoluta*» y la «*necessitudo cum adiunctione*», esto es, la necesidad simple o absoluta y la situación de necesidad con limitaciones. El *status necessitatis simplicis* se definiría, según Daries, por la exclusión real de toda resistencia posible y, por consiguiente, por la imposibilidad de efectuar una elección. El *status necessitatis cum adiunctione*, por contra, presupone siempre la posibilidad de una elección. Por ello la regla «la necesidad no conoce prescripción alguna» rige propiamente sólo para el primer estatus, pero no para el

(23) Vol. XXII, p. 257, AA, vol. VIII, p. 300. Sobre el análisis de Kant del caso de la tabla, cfr. además, AA, vol. XIX, pp. 268 s.; véase también vol. XXVII.1, p. 191 (*Praktische Philosophie Powalski*) y p. 378 (*Moralphilosophie Collins*), vol. XXVII.2.1, pp. 513 s., p. 516, pp. 599 s. (*Metaphysik der Sitten Vigilantius*), vol. XXVII.2.2, p. 1353 (*Naturrecht Feyerabend*), p. 1509 (*Moral Mrongovius*); MENZER, pp. 196 s.

(24) Joachim Georg DARIES, *Observationes Iuris Naturalis, Socialis et Gentium*, vol. II, Ienae, 1754, obs. LI, pp. 166 ss. Sobre lo que sigue, cfr. especialmente los § I, IV, V, X, XV, XX, XXI, XXII, XXV.

segundo, a menos que se entienda en sentido restrictivo. A continuación, Daries distingue dos posibilidades dentro de la *necessitas cum adiunctione*. Puesto que no sólo en las situaciones normales de la vida, sino también en la situación de necesidad, rige el principio de que cada uno debe cumplir el deber que se corresponda de la mejor manera posible con el más elevado fin de todo actuar (lo que siempre puede darse) (25), habría un primer grupo de casos para los cuales el hecho en situación de necesidad, aunque infrinja una determinada ley, concuerda con dicho principio superior. En el otro grupo estarían los casos en los que el hecho en situación de necesidad contradice también el principio superior. En los primeros casos se trataría de una excepción, que se permite el autor de la regla de la ley infringida, una *exceptio secundum leges instituta*, es decir, una excepción conforme al sistema de las leyes. En cambio, en los segundos casos se trata de una *exceptio contra leges instituta*, esto es, una excepción contraria al sistema de las leyes (26). Daries recurre entonces expresamente a Grotius (27). De sus propias consideraciones –de Daries– deriva que las situaciones de necesidad pueden dar lugar a excluir la responsabilidad por dos vías. Una *necessitas simplex* nos ofrece una *defensio* y lo mismo ocurre con un hecho realizado en una situación de *necessitas cum adiunctione* que acaece en concordancia con el sistema de las leyes. Pero para un hecho en una *necessitas cum adiunctione* que contraviene el sistema de las leyes, si bien es cometido con el temor que representa el peligro de la situación de necesidad, se dispone de una *excusatio*. Con ello Daries logra una distinción más fuerte que Barbeyrac y mucho más fuerte que Baumgarten, pues explicita tres clases de supuestos: 1) los casos de *necessitas simplex*; 2) los de una *necessitas cum adiunctione* para los que como en el primer supuesto existe una *defensio* –ciertamente en ellos no existe la objeción de que ha habido una oposición físicamente invencible, pero sí que el hecho ha tenido lugar en consonancia con el sistema de las leyes–, y 3) el otro grupo completamente diferente de una *necessitas cum adiunctione*, en el cual el autor no puede ya «defenderse», sino en todo caso puede ser «disculpado».

La razón que subyace a las anteriores consideraciones la constituye la tricotomía de los conceptos «*imputatio facti*», «*adplicatio*

(25) Sobre el citado principio, cfr. obs. L, § L, y obs. LI, § XV.

(26) Cfr. obs. LI, § XX-XXII.

(27) obs. LI, § XX: «*Duos esse favoris necessitatis generatim sumti effectus, aut enim, ut cum Grotio loquar, nos defendit aut excusat*».

legis ad factum» e «*imputatio iuris*»: «imputación del hecho», «aplicación de la ley al hecho» e «imputación del Derecho» (28), si bien el último concepto es comparable con el de «*imputatio legis*» empleado por Baumgarten. Daries parte de que entre los tres conceptos no existe una relación de identidad, sino de replicación o de implicación. La *imputatio facti* es presupuesto de la *applicatio legis ad factum* y ésta es a su vez presupuesto de la *imputatio iuris*, lo que a la inversa también significa que toda *imputatio iuris* implica una *applicatio legis ad factum* y que toda *applicatio iuris ad factum* implica también una *imputatio facti*. Si se toma como base esta tripartición, entonces una *defensio* en caso de *necessitas simplex* afirma que queda excluida la *imputatio facti*, esto es, la imputación del hecho. La persona que aparece ante nosotros como autor, en realidad, no ha «cometido» el hecho y, por consiguiente, no existe nada en absoluto sobre lo cual pueda aplicarse la ley. Una *defensio* en una *necessitas cum adiunctione* afirma que el hecho ha acaecido en consonancia con el sistema de las leyes. Tal *defensio* equivale a la existencia de una causa de justificación, es decir, se excluye la *applicatio legis ad factum*. Finalmente, una *excusatio* presupone la aplicabilidad de la ley al hecho pero exige que el hecho se libere de las consecuencias de su antijuricidad. En consecuencia la *excusatio* pertenece al grupo de problemas de la *imputatio iuris*, es decir, de la imputación del Derecho. La distinción de Daries entre los tres grupos fundamentalmente diferentes de situaciones de necesidad, que va acompañada de una diferenciación en el seno del concepto de *defensio* hasta aquel momento obviada, deviene posible por la distinción de ambos niveles de imputación entre sí, por un lado, y la distinción de la imputación de ambos niveles de la aplicación de la ley al hecho, por el otro.

Todo esto debe de ser tenido muy en cuenta a la hora de interpretar el pasaje en *La metafísica de las costumbres* en el que Kant, en 1797, de nuevo se posiciona detallada y minuciosamente sobre el «*ius necessitatis*» (29). «Este supuesto derecho», se dice allí, comporta «la

(28) Cfr. DARIES, *Institutiones Iurisprudentiae Universalis* (1740), aquí se sigue la *editio nova*, *Francofurti et Lipsiae*, MDCCLIV, *Pars Generalis*, schol., § 225, y DARIES, obs. XLII, § XXI. En general, sobre la distinción, cfr. mi «Anhang II. Zur Entdeckungs- und Rezeptionsgeschichte der Unterscheidung von *imputatio facti* und *imputatio iuris*», *ZStW*, 96 (1984), pp. 692 ss. [existe trad.: «La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 12 (2003), p. 213-252, a cargo de N. Pastor Muñoz (N. del T.)].

(29) AA, vol. VI, pp. 235 s. Las citas que siguen lo son de la 2.^a ed. de *Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, 1798, pp. XLI s.; las cursivas se corresponden con las del original.

autorización, siempre que mi propia vida corra peligro, de quitar la vida a alguien que no me ha hecho nada». Es evidente «que aquí existe una contradicción de la doctrina del Derecho consigo misma», puesto que «no se trata de que me defienda frente a un agresor *injusto* quitándole su vida porque esté atentando contra la mía (*ius inculpatae tutelae*)», sino «de una conducta violenta permitida dirigida contra el que no ha ejercido violencia alguna sobre mí». Por ello es indiscutible que «la afirmación no debe ser entendida de modo objetivo respecto de lo que la ley prescribe, sino meramente subjetivo, tal y como lo haría una sentencia emitida por un tribunal». En efecto, «no puede existir una *ley penal* que castigue con la muerte a aquel que, para salvar su propia vida en un naufragio, arroja a otro, que se halla en idéntico peligro de muerte, de la tabla donde se refugia». «Y ello porque la pena con la que la ley puede amenazarle no será mayor que la pérdida de la propia vida». «Una ley semejante», continúa, «nunca podría obtener el efecto perseguido, puesto que la amenaza con un mal que aún es *incierto* (la muerte en virtud de la condena judicial) no puede de ningún modo ser mayor que el miedo frente a un mal *cierto* (el morir ahogado)». «Por consiguiente, el hecho de conservar la propia vida utilizando un medio violento no debe ser juzgado como no merecedor de pena [*unsträflich*] (*inculpabile*), sino sólo como *no punible* [*unstrafbar*] (*impunibile*). Y esta impunidad *subjetiva* es confundida asombrosamente por parte de la doctrina con una impunidad *objetiva* (conformidad a la ley)». «El eslogan del derecho de necesidad reza así: «la necesidad no conoce prescripción (*necessitas non habet legem*); pero igualmente no puede existir necesidad que convierta aquello que es injusto en algo conforme a la ley». Sin embargo, sí puede suceder que algo que «en sí mismo ha de considerarse injusto, logre obtener indulgencia» por parte de un tribunal.

El pasaje establece, en esencia, si bien con otras palabras, una diferenciación entre justificación y exculpación. Además, explica con claridad suficiente que una causa de exculpación no pertenece al «sistema de los derechos», por expresarlo en la terminología de Gentz. Finalmente, ofrece la razón por la cual un tribunal sería indulgente con el autor en el caso de Carnéades.

Como causa de justificación admite Kant sobre todo la legítima defensa, que la denomina «*ius inculpatae tutelae*», empleando una terminología habitual en su época. Del contexto se desprende que un hecho cometido en legítima defensa, en palabras de Kant, «no merecería pena» (*unsträflich*). «No merecedor de pena» es la traducción que Kant efectúa del término «*inculpabile*» y es precisamente esta última expresión la que se utilizaba en la tradición inmediatamente

anterior a Kant para referirse a la conformidad a Derecho de una acción. El propio Kant explicó en una lección sobre el Derecho natural de Achenwall (30) que «*un factum*», es decir, un hecho, o es «*culpabile o inculpabile*», y sería «*culpabile*» cuando no es conforme a la ley, de lo que se sigue que es «*inculpabile*» cuando sí es conforme a la ley. De este modo se confirma que Kant traduce «*exculpation*» por «justificación». Por consiguiente, un autor que obra en legítima defensa estaría al amparo de una exculpación. Por el contrario, en el caso de Carnéades, el autor no está amparado por exculpación alguna, siendo su hecho un *factum culpabile*. Sin embargo, este autor tendría un argumento, según Kant, que, pese a lo anterior, le llevaría hacia la exclusión del castigo. Un argumento de este tipo tiene la misma consecuencia que una excusa (*Exkusation*): ofrece una causa de exculpación.

Una causa de justificación es, según Kant, algo que «debe entenderse objetivamente» y, por tanto, forma parte de «aquello que una ley prescribiría», significando ambas cosas lo mismo, según la expresa declaración de Kant. «Prescribir» («*Vorschreiben*») debe entenderse aquí sencillamente en referencia al lenguaje prescriptivo, es decir, en el sentido amplio del término, incluyendo no sólo las prohibiciones y las prescripciones, sino también las permisiones legales (31). A toda ley permisiva le corresponde en la retrospectiva una causa de justificación. A una causa de exculpación, por el contrario, no le corresponde nada similar, especialmente ninguna ley permisiva. Por ello, toda causa de exculpación, incluyendo la que le afecta al autor del caso de la tabla, se halla fuera del sistema de prescripciones, prohibiciones y permisiones, y con ello, fuera del sistema al cual pertenecen las causas de justificación. Las reglas de exculpación conforman, también según Kant, un sistema propio. No es difícil encontrar en ello un paralelismo con la distinción de Daries entre *exceptiones secundum* y *exceptiones contra leges institutae*. Es claramente imposible que las últimas *exceptiones*, al contrario que las primeras, formen parte del sistema de las *leges*. Con ello no queda de ningún modo excluido, sino que es muy probable, que la distinción de Kant entre los *facta inculpabile* y

(30) AA, vol. XXVII.2.2, p. 1333 (*Naturrecht Feyerabend*).

(31) Sobre la relación, también desde el punto de vista lógico, entre los conceptos de «ley prescriptiva», «ley prohibitiva» y «ley permisiva» véase KANT en *Meta-physik der Sitten*, AA, vol. VI, p. 223. Un análisis de los respectivos conceptos de lo mandado, lo prohibido y lo permitido, especialmente también en Kant, puede verse en mi escrito *Das deontologische Sechseck bei Gottfried Achenwall-Zur Geschichte der deontischen Grundbegriffe in der Universaljurisprudenz zwischen Suarez und Kant*, Hamburgo, 1986, pp. 45 ss.

los *facta impunita* se basara desde el punto de vista histórico, en la distinción que ya efectuó Daries (32).

Sin embargo, Kant va más allá que Daries cuando, a diferencia de éste, ofrece un argumento para fundamentar por qué debe disculparse al autor en el caso de la tabla. Para Kant, de modo similar a Baumgarten, una exculpación es una exposición de argumentos que sólo tienen validez ante el *forum externum* pero no ante el *forum internum*, es decir, ante la propia conciencia del autor, quien «debe juzgar como injusto» su hecho, lo mismo antes que después. Para un tribunal externo sería absurdo juzgar al autor por un hecho para el cual la ley penal no puede representar de ningún modo un efecto disuasorio. La imposición de pena presupone la amenaza previa de pena y el fin de la amenaza es influir en los potenciales autores para que no emprendan el hecho castigado bajo pena. Pero si una situación acontece de modo que ya no puede alcanzarse este fin esencial de la amenaza de pena, entonces, tal y como afirma Kant en el trabajo de la *Berlinische Monatsschrift*, es «incongruente» (33) intentar lograr con el juicio al autor lo que ni tan sólo la ley penal con toda su fuerza ha impedido antes (34). No es casualidad por tanto que un hecho para el cual existe una excusa [*Excusation*], según la terminología de la época, se caracterice como *factum «impunita»* en *La metafísica de las costumbres*.

Lo primero que salta a la vista en el texto referido al comienzo de este trabajo no es la posición de Gentz sobre el caso de la tabla, que se mueve en la misma dirección que la solución trazada por Kant (35), sino el lenguaje utilizado por el autor. Y ello no porque el lenguaje de Gentz difiera especialmente del nuestro (lo cual se percibe en mayor

(32) En la *Nova Dilucidatio* de 1755 Kant alude, con mención expresa al autor, a *Elementa Metaphysica* de Daries de 1743; cfr. AA, vol. I, p. 390. l.17 y p. 398.l. 34.

(33) Vol. XXII, p. 257, AA, vol. VIII, p. 300.

(34) A este respecto, sobre todo, respecto a las causas de exculpación en Kant, considerando el material esencial en su conjunto, cfr. B. Sharon BYRD, «Kant's Theory of Punishment: Deterrence its Threat, Retribution in its Execution», *Law and Philosophy*, 8 (1989), pp. 151 ss. y 188 y ss. Cfr. también B. Sharon BYRD, «Strafgerechtigkeit bei Kant», en Wilfried Botke y Anton Rauscher (eds.), *Gerechtigkeit als Aufgabe, Festgabe für Heinz Lampert*, St. Ottilien, 1990, pp. 137 ss. y 147 s. La literatura más antigua sobre la posición de Kant se halla recogida en Wilfried KÜPER, *JuS*, 1981, p. 786, n. 8, y *JuS*, 1987, p. 84, n. 40. Nótese el hecho de que Rudolf STAMMLER, *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes*, Erlangen, 1878, p. 37, reconoció que en Kant «*inculpabile*» significa «no antijurídico».

(35) No es necesario subrayar especialmente que la solución del caso en la cuestión sostenida por Gentz procede de Kant, pero no a la inversa que Gentz influyera sobre KANT.

medida para la relación entre el lenguaje empleado en *La metafísica de las costumbres* de Kant y el nuestro), sino, al contrario, porque Gentz utiliza una terminología muy próxima a la actual. Gentz podría ser uno de los primeros que en un texto aplicó al caso de Carnéades la teoría desarrollada a mitad del siglo XVIII sobre las relaciones entre causas de justificación y causas de exculpación con una terminología que aún resulta habitual para nosotros. Precisamente, esta precisión conceptual, que a primera vista muestra para el lector actual el texto escrito por él, pone de manifiesto en qué medida nuestro propio lenguaje –y la perspectiva teórica a él vinculada– debe estar agradecido a las consideraciones de la Filosofía práctica de aquel tiempo.

Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ
Universidad Autónoma de Madrid

I. PENAR POCO Y BIEN

1. Puede pensarse que lo mejor que se puede hacer para proteger los derechos de los trabajadores es proceder a una amplia y severa punición de las conductas que los restringen. Esta intensa intervención penal reequilibraría unas relaciones, las laborales, que *de facto* tienden a la asimetría y que cuando llegan a ella pueden suponer la lesión de los más importantes intereses vitales de los trabajadores como personas y como trabajadores y sus más importantes instrumentos de defensa como colectivo.

Estos pensamientos son correctos sólo a medias. Tan evidente como que deben ser penalmente combatidas las conductas de explotación laboral –por emplear la gráfica expresión tradicional todavía utilizada en la jurisprudencia penal– y de obturación radical de los mecanismos de defensa individual y colectiva de los trabajadores, lo es que carece de sentido y de eficacia el que el Derecho Penal se convierta en el guardaespaldas permanente del Derecho del Trabajo. Tan evidente como que el Derecho Penal debe intervenir en la siniestralidad laboral de origen ilícito y evitable es que carece de sentido y de eficacia el que se castigue penalmente la mera discriminación laboral. Tan evidente como que nada tiene que decir el Derecho Penal al empresario que niega injustificadamente el tablón de anuncios o la sala de reuniones a los representantes sindicales de su empresa, por irregular que ello sea, lo es que debe intervenir cuando lo que hace es

coaccionar a los mismos o a sus representados para que no realicen una huelga.

Una ambiciosa criminalización de las conductas empresariales irregulares en el ámbito de las relaciones laborales no sólo es ilegítima desde la perspectiva del Derecho Penal propio de un Estado democrático, sino que es disfuncional desde varios puntos de vista, y entre ellos desde el de la propia protección de los derechos de los trabajadores. Una estrategia tal de política criminal conduciría, en efecto, en primer lugar, a sanciones ilegítimas por desproporcionadas, que acarrearían graves consecuencias jurídicas por hechos de desvalor leve, con el derroche innecesario de sanción –de libertad– que ello supone y, en el ámbito empresarial, con un severo nocivo efecto disuasorio general de la actividad productiva, con lo que ello comporta para el desarrollo económico, que es también fuente de libertad. Una punición excesiva lleva además, en segundo lugar, a la banalización y al desprestigio general del Derecho Penal; colapsa con conflictos menores la Administración de Justicia –y la colapsa también, por ejemplo, para los homicidios y para las agresiones sexuales–; inclina a los ilícitos menores a la inaplicación y hace que éstos arrastren a los comportamientos más graves del mismo ámbito a ser objeto de la mirada despectiva que suscitan los delitos de bagatela; condena la solución de conflictos menores a un cauce pensado para los mayores, y que por ello es lento y garantista; y, en fin, con su aparente eficacia disuade de la utilización de otros mecanismos individuales y colectivos de defensa de los derechos de los trabajadores. Convertir innecesariamente una conducta irregular en delito, en suma, no sólo atenta contra el principio constitucional de proporcionalidad (1), sino que invita al juez a corregir el exceso mediante la inaplicación y relaja la utilización de otros instrumentos más ágiles y efectivos de represión de tales conductas. Debe afirmarse con Ortubay Fuentes que «las pretensiones de excesiva intervención penal abocan en el descrédito y en una aplicación arbitrariamente selectiva de las normas penales aparentemente drásticas» (2).

(1) Sobre el mismo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», en *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, pp. 159 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Delito y pena en la jurisprudencia constitucional», Civitas, Madrid, 2002, pp. 68 ss.

(2) En «Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código Penal», Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 488. Y continúa: «La constatación del escaso recurso a la sanción establecida en el artículo 499 bis CP73 –aunque provocada también por otros factores que han quedado expuestos– constituye un ejemplo palmario de dicha paradoja».

2. De lo que se trata entonces, y de lo que debe tratar siempre el Derecho Penal, es de penar lo realmente importante cuando ello sea necesario, por resultar ineficaces otros mecanismos menos contundentes de protección, y singularmente el Derecho Administrativo sancionador. De lo que se trata pues es de penar poco. Y también de hacerlo bien: que ese poco sea bueno desde la perspectiva moral que demarcan nuestros principios constitucionales. La pena debe ser la mínima suficientemente eficaz para prevenir razonablemente una conducta intolerable que se describe con precisión.

Es precisamente esta última virtud la que, junto con la ya señalada de la contención, mas se echa de menos en la descripción vigente de los delitos contra los derechos de los trabajadores. El segundo cáncer al que tiende el Derecho Penal del Trabajo —el primero es la expansión desmedida— es el de la imprecisión, del que son buenos modelos los tipos de los artículos 312.1 (traficar de manera ilegal con mano de obra) y 315 (impedir o limitar mediante engaño o abuso de necesidad el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga). Y este defecto, obvio es decirlo, no es en absoluto baladí. La imprecisión confunde lo que es importante con lo que no lo es y hace que el mensaje normativo pierda fuerza preventiva (3). El destinatario de la norma no conoce lo que está prohibido y confía en que una interpretación restrictiva deje su conducta al margen de la pena.

Si pasamos de la perspectiva del destinatario a la del juez, los ilícitos penales difusos producen una incomodidad que puede terminar en absoluciones inconvenientes desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos necesitados de la misma: la incomodidad de tener que recrear el tipo y la incomodidad que supone el riesgo de penar conductas que quizás no lo merezcan (4). Por una parte, el juez se siente forzado a realizar un papel que corresponde el legislador: se siente forzado a limitar el tipo con consideraciones abstractas acerca de la afectación de la conducta a bienes jurídicos a su vez abstractos. No

(3) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ atribuye la falta de aplicación del tipo de «intervención en migraciones laborales fraudulentas» del Código Penal anterior (art. 499, pfos. 1.º, 3.º) «probablemente [...] a la falta de taxatividad de la conducta típica» («Derecho Penal económico», Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 580). Para MESTRE DELGADO, en relación con el artículo 312.1, «la falta de concreción legal de lo que se entienda por tráfico de mano de obra dificulta muy seriamente la aplicabilidad de este precepto» («Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en AA. VV., coord. Lamarca Pérez, *Manual de Derecho Penal*, Colex, Madrid, 2001, p. 406).

(4) V. TERRADILLOS BASOCO y BAYLOS GRAU, «Derecho penal del trabajo», Trotta, Madrid, 1997 (2.º ed.), p. 41.

otra cosa le pedimos al juez cuando, con invocación del principio de intervención mínima, le pedimos que limite la tipicidad de conductas semánticamente típicas con criterios tales como, por poner dos ejemplos, la afectación de la inmigración clandestina a los derechos de los trabajadores que pudieran concurrir al mismo mercado de trabajo (5), o el efecto del tráfico ilegal de mano de obra de obstaculización material de las políticas públicas de empleo (6). Por otra parte, los tipos potencialmente extensos abarcan potencialmente ilícitos banales desde la perspectiva penal y pueden generar la sensación de que el entero círculo de conductas incriminadas es de bagatela desde la perspectiva penal y de que su foro adecuado es el laboral o el administrativo (7).

3. En la conformación de un Derecho Penal del Trabajo de dimensiones adecuadas y de descripciones precisas el Código Penal de 1995 supuso un significativo avance. Su predecesor dedicaba cuatro preceptos a la protección de los derechos de los trabajadores: el del artículo 177 bis, dedicado a la protección de la libertad sindical y el derecho de huelga; el del 348 bis.a), que protegía la seguridad en el trabajo; el del 427, que tipificaba las denominadas «lesiones laborales»; y el del 499 bis, que describía la imposición de condiciones laborales o de seguridad social irregulares, el tráfico ilegal de mano de obra y la intervención en migraciones laborales fraudulentas.

La lectura de estos artículos deparaba el siguiente análisis. De un lado, el positivo, suscitaba la impresión de que los focos de intervención eran esencialmente los adecuados: los referidos a la siniestralidad laboral, a la explotación laboral y al derecho de huelga (8). El platillo negativo de la balanza, de otro lado, estaba constituido, en primer lugar, por la dispersión de las normas, ubicadas en diversos títulos; en segundo lugar, por los contornos difusos de buena parte de ellas, de las que constituía paradigma la del artículo 177 bis, que, por ejemplo, se conformaba para la calificación como delito con la limitación del ejercicio legítimo de la libertad sindical (9), y, en tercer lugar,

(5) V. *infra* n. 42.

(6) V. *infra* n. 68.

(7) En este sentido, SÁNCHEZ CARRIÓN, en «Problemas que plantea la incidencia del ámbito socio-laboral en la delimitación y enjuiciamiento de los delitos contra los derechos de los trabajadores», en *Actualidad Aranzadi*, 397, 1999, p. 4.

(8) En realidad, como afirma PIÑOL RODRÍGUEZ, el Código Penal de 1995 «no es tan novedoso en la materia como cabría pensar» («Delitos contra los derechos de los trabajadores», en AA. VV., coord. Suárez-Mira, *Manual de Derecho Penal*, II, Civitas, Madrid, 2004, p. 330).

(9) «Los que impidieren o limitaren el ejercicio legítimo de la libertad sindical o del derecho de huelga serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.»

por la baja penalidad con la que se castigaban las conductas (arresto mayor y multa, de modo alternativo o cumulativo), que restaba a los correspondientes preceptos buena parte de su poder preventivo (10).

Con este panorama normativo, el reto del legislador de 1995 consistía, de un lado, en conservar lo positivo de este balance, manteniendo el ámbito material esencial de intervención; de otro, en corregir los defectos enunciados, intentando precisar los diferentes tipos, elevando la cuantía de las sanciones y reuniendo las distintas normas en un solo título. Ninguna duda cabe desde luego que este último objetivo se cumplió con la creación de un título, el XV, dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores. Con ello el propio legislador facilita su tarea de conformación de un ámbito de intervención penal sin lagunas ni solapamientos y a la vez facilita a los destinatarios de las normas el conocimiento de su contenido y a sus operadores el tratamiento conjunto de problemas similares de aplicación.

También es evidente que las penas se adecuaron al objetivo de la prevención de estas conductas en el ámbito empresarial (11). La pena tipo de este título parte del máximo del marco de la pena anterior y se sitúa en una privación de libertad de seis meses a tres años, a la que se añade una multa de seis a doce meses. Esta pena se eleva en los tipos agravados por la concurrencia de violencia o intimidación, y se atenúa en el tipo de discriminación laboral (prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses) (12) y, en un grado (pena de prisión de tres a seis meses, sustituible por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y pena de multa de tres a seis meses), en la única modalidad imprudente: el delito imprudente contra la seguridad en el trabajo, que es la modalidad crucial en este tipo de delitos de peligro y que en el Código Penal anterior merecía una pena de multa de bajísima cuantía. Este equilibrado panorama se ha endurecido innecesariamente con la reforma de la pena del artículo 312.1 operada por la Ley Orgánica 4/2000 y que extiende la nueva penalidad de dos a cinco años de prisión a los demás delitos del artículo 312 y a los del 313.

4. Conseguido el de la elevación punitiva y el de la compilación de preceptos, a lo que se va a dedicar este artículo es a la evaluación de los otros dos objetivos, consistentes en conservar un ámbito de

(10) V. esta crítica ya en BAJO FERNÁNDEZ, «Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial», Civitas, Madrid, 1978, pp. 517, 539.

(11) V. TERRADILLOS BASOCO y BAYLOS GRAU, *op. cit.* en nota 4, p. 42.

(12) Esta multa es el fruto de la reciente elevación operada por la Ley Orgánica 15/2003. Antes del 1 de octubre de 2004 la multa era de seis a doce meses.

intervención adecuado y en configurar tipos precisos. Adelanto ya en este punto lo que será mi conclusión: se ha producido algún avance y varios retrocesos en lo que respecta al área de intervención penal; en materia de determinación típica se constata algún avance, aunque hartamente insuficiente.

A) En efecto, por una parte, el Código Penal de 1995 abandonó los vestigios de una política criminal opuesta a la protección de los derechos de los trabajadores, y que consistía precisamente en la criminalización de lo que hoy entendemos como ejercicio de tales derechos. Desapareció así el contenido del antiguo artículo 222, tipo que consideraba sediciosas determinadas huelgas y cuya constitucionalidad sólo había quedado salvada por la exigencia de una voluntad específica de subvertir la seguridad del Estado (STC 11/1981). Este tipo sólo mantiene hoy un pálido reflejo en el artículo 409, relativo al abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público por parte de autoridades y funcionarios públicos. También se suprimió el tipo de coacción al seguimiento de una huelga como supuesto agravado de coacciones (art. 496, párrafo 2.º, del Código Penal anterior), y también constituye esta supresión un acierto, dado que establecía un tratamiento comparativo injustificadamente riguroso respecto a la coacción a la no participación en una huelga (13). Lástima que no se aprovechara la ocasión para acabar de cuadrar lógicamente las cosas: en lugar de equiparar la penalidad a la coacción que se opone a la huelga, que es una coacción frente al ejercicio de un derecho fundamental a la que el legislador asigna una pena más elevada que la ya agravada para este tipo de coacciones, debería haberse dejado la regulación de este supuesto a la regulación general de las coacciones. Debería pues desaparecer el apartado 3 del artículo 315, que considera más grave que las coacciones al ejercicio de los derechos fundamentales (art. 172, párrafo 2.º) unas coacciones que no sólo no se incardinan en este grupo, sino que lo que suponen precisamente es una extralimitación en el ejercicio de un derecho fundamental, lo que constituye más bien un factor de atenuación.

Otras supresiones se quedaron desafortunadamente en el tintero. Entre el exceso y la imprecisión está el tipo que defiende la libertad sindical: sólo alguna de las conductas que impiden o limitan tal libertad mediante engaño o abuso de necesidad merecen reproche penal. Y más exceso que imprecisión es el defecto del tipo que castiga con pena de nada menos que de dos a cinco años de prisión la «recluta» de

(13) Estos preceptos ponían «en entredicho la concepción democrático liberal de nuestro Código Penal» (BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.* n. 10, p. 549).

personas mediante ofertas falsas de empleo. Este tipo constituye una herencia más o menos vaga del que sancionaba en la Ley de Emigración (art. 54.1.º) la promoción de la emigración clandestina «reclutando gentes».

A esta excesiva contención en el recorte debe sumársele en este apartado de reproches a la actividad legislativa la adición de dos tipos a los ya existentes. El primero el del delito relativo a la discriminación laboral (art. 314), cuya técnica peculiar se dirige sin éxito a tapar el exceso en la intervención penal. El empeño por no sancionar la mera discriminación, sino su perseverancia, desemboca en una especie de desobediencia o de reincidencia; aquélla (la desobediencia) sin los requisitos que conforman su peculiar desvalor, y ésta (la reincidencia) con todas sus dificultades de legitimación. La segunda adición desafortunada es el delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina (art. 313.1), que en sí mismo sólo parece merecedor de sanciones administrativas y que supone a lo sumo un delito de peligro contra los derechos de los trabajadores al que se le asigna la misma pena que la propia de la lesión de estos derechos (art. 312.2).

B) En materia de precisión en la descripción típica siempre preocupó la dificultad de delimitar suficientemente los contornos del delito contra las condiciones esenciales de trabajo. Ciertamente el artículo 311 hace algún intento en esa línea, pero la restricción de la clase de acciones que deben considerarse delictivas se pierde con la inclusión en este ámbito del abuso de necesidad, y la restricción de los resultados típicos se pierde con la inclusión de las condiciones meramente contractuales. Menos excusa tiene el tipo de «tráfico ilegal de mano de obra» (art. 312.1), que *a priori* puede ir desde la mera contratación al margen de las oficinas públicas de empleo y sin información a las mismas hasta el gravísimo comportamiento de someter a alguien a trabajos forzados. Tampoco encuentra justificación la vaguedad del tipo de «impedimento o limitación del ejercicio del derecho de huelga mediante engaño o abuso de necesidad» (art. 315.1), que hubiera requerido de una no tan difícil descripción de los modos más graves de lesión del derecho.

II. LO QUE SOBRA

A) El delito de discriminación laboral (art. 314)

5. El artículo 314 sanciona con una pena de prisión de seis meses a dos años o con una pena de multa de doce a veinticuatro meses al que

produzca alguna discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna «persona» (14) y no restablezca la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado. La discriminación ha de ser «por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español».

La técnica anterior de punición de la discriminación laboral es peculiar en cuanto que no se castiga la discriminación en sí, sino la persistencia en la misma o en sus efectos. Ello se debe probablemente a que el legislador es consciente del carácter expansivo que supone la intervención penal que consagra este artículo y ha decidido restringirla a los supuestos de contumacia. A esta misma intención restrictiva parece deberse su notable esfuerzo de precisión, que se revela ya en la minuciosidad con la que se describen las causas de discriminación –mayor que la que revela el art. 14 de la Constitución y superior también a la que guió la redacción del art. 17 del Estatuto de los Trabajadores– (15) y en la reducción de la punibilidad a los supuestos graves (16). Además, por primera y única vez en este título, la res-

(14) Se emplea este término y no el de «trabajador» para no cerrar la puerta de la punición a los supuestos de discriminación en el acceso al empleo, en coherencia con lo que prescribe el Convenio 111 de la O.I.T. sobre discriminación en materia de empleo y ocupación.

(15) El elenco de causas de discriminación, con ser minucioso, no ha evitado que se queden en el tintero las relativas a edad (como destaca NAVARRO CARDOSO en *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 121) y a la afiliación o al apoyo sindical y a la participación en una huelga (como destaca PÉREZ MANZANO, en «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en *Relaciones Laborales*, núm. 3, 1997, p. 36). Esta laguna sólo queda parcialmente colmada con el artículo 315, dados los medios específicos de comisión que requiere éste. CONDE-PUMPIDO TOURÓN considera que «sobran las sanciones penales en el caso de vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa, ya que no implica la pertenencia a un grupo social discriminado» («La sanción penal de la discriminación; especial referencia a la discriminación por razón de enfermedad y al nuevo delito de discriminación en el trabajo», en AA.VV., dir. Maqueda Abreu, *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, CGPJ, Madrid, 1996, p. 312).

(16) Como señalan TERRADILLOS BASOCO y BAYLOS GRAU, la gravedad no tiene que ver con su perceptibilidad, con el que sea «manifiesta» (*op. cit.* n. 4, p. 132), sino que habrá de medirse tanto desde la entidad y la cantidad de las consecuencias de la discriminación en relación con el trato igualitario («en función de la distancia que media entre lo que constituiría el trato merecido y el trato dado a la persona»: PÉREZ MANZANO, *op. cit.* n. 15, p. 35), como, a mi juicio, desde el grado de repugnancia del motivo de la misma.

pensabilidad penal puede saldarse con una mera multa, elevada recientemente por la Ley Orgánica 15/2003.

6. El tipo no pena, pues, el mero trato discriminatorio, que se mantiene como una infracción administrativa (art. 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social), sino la perseverancia en dicho trato tras «requerimiento o sanción administrativa» (17). Se configura con ello un tipo que comporta o bien un cierto tipo de desobediencia (18) que se intenta domeñar de un modo ciertamente excesivo, o bien una especie de reincidencia (19) que destapa todos los recelos constitucionales que concita esta figura, máxime cuando genera el severo efecto agravatorio consistente en transformar en delito una mera infracción administrativa.

Tales recelos contrastan, por cierto, con la amplia aceptación social de la agravación por reincidencia, tan acentuada en las últimas reformas del Código. Este hecho resulta sorprendente, toda vez que tal aceptación parece inversamente proporcional a su racionalidad en los términos valorativos que esa misma sociedad toma como punto de partida. La idea de que la pena para el reincidente ha de ser mayor que la pena que se impone por el mismo hecho para el delincuente primario, porque el reincidente «no ha tenido suficiente» con las penas que se le impusieron por los delitos anteriores, es la consecuencia de ciertos prejuicios latentes que difícilmente estaríamos dispuestos a defender explícitamente.

(17) El texto presenta cierta ambigüedad semántica. Carece de sentido sin embargo que el requerimiento previo sólo pueda ser administrativo y no, por lo tanto, judicial. En nada mejora el comportamiento discriminatorio renuente cuando lo es a un requerimiento judicial. Más bien cabe apreciar una mayor certeza del mandato y una mayor contumacia en la desobediencia. Por ello y por el hecho de que el adjetivo singular «administrativa» puede predicarse sólo de la sanción, creo que debe interpretarse la norma en un sentido comprensivo de los requerimientos judiciales (en este sentido, TERRADILLOS BASOCO y BAYLOS GRAU, *op. cit.* n. 4, p. 136; NAVARRO CARDOSO, *op. cit.* n. 15, p. 119; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.* n. 3, p. 602; PÉREZ MANZANO –*op. cit.* n. 15, pp. 36 ss.– asocia incluso el término «requerimiento» al requerimiento judicial del art. 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral). No lo estima así la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra 112/1998, de 21 de mayo: «Ciertamente que el vocablo utilizado por el indicado artículo parece referirse a actuación de orden administrativo, pues tanto el requerimiento como la sanción se refieren a dicho orden, lo que impediría ampliar el concepto a las resoluciones o requerimientos de orden judicial, si no se quiere infringir el principio de legalidad, esencial en el Derecho Penal».

(18) CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *op. cit.* n. 15, p. 312; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.* n. 3, p. 597; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 (14.^a ed.), p. 336; PIÑOL RODRÍGUEZ, *op. cit.* n. 8, p. 335.

(19) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.* n. 3, p. 597.

De un lado está la idea de que la cuantía de la pena no depende de la culpabilidad por el hecho concreto –de la gravedad de la concreta conducta y de la actitud de su agente hacia ella–, sino que puede aumentar en función del nivel de socialización del sujeto. Este criterio se acerca peligrosa e insoportablemente a la idea de la responsabilidad por el carácter, por la manera de ser, al Derecho Penal de autor, tan caro al Antiguo Régimen y a ciertos regímenes totalitarios, y tan opuesto al Derecho Penal del hecho, a la noción de la responsabilidad por la propia conducta que subyace a una concepción democrática de organización de la sociedad.

Tan rechazable como el criterio anterior es, de otro lado, el que sostiene que el plus punitivo que se asigna al reincidente encuentra su razón de ser, no en su carácter, sino en sus hechos: en el delito o delitos anteriores. Resulta así que estos mismos hechos (ídem), en su momento sancionados, son de nuevo tomados en consideración a efectos punitivos: son de nuevo (*bis*) penados.

La pequeña historia de la agravante de reincidencia resulta harto expresiva de sus pegas constitucionales y de la orientación ideológica de las recientes reformas penales. Nos muestra cómo su efecto fuertemente agravatorio (imposición de una pena superior) fue eliminado por la primera de las grandes reformas del Código Penal que perseguían su adaptación a la Constitución. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, señalaba que «(l)a exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio *non bis in idem*, puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho».

La reincidencia quedaba así como una circunstancia agravante más, que no permitía elevar la pena, sino sólo imponer la misma pena en sus dos tercios superiores. Este efecto moderadamente agravatorio fue incluso cuestionado por el propio Tribunal Supremo, que lo negaba si se superaba «la gravedad de la culpabilidad» (STS de 6 de abril de 1990), y fue determinante para que el Tribunal Constitucional no apreciara su inconstitucionalidad (STC 150/1991). Presupuesto esencial de su decisión lo fue el que la reincidencia sólo había de ser tenida en cuenta por los tribunales «dentro de unos límites fijados para cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para deter-

minar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena».

7. La técnica de descripción de la conducta típica del artículo 314 responde sin duda a un loable esfuerzo de precisión y de constrictión. No consigue evitar sin embargo la catalogación del precepto como excesivo (20).

Desde el prisma del principio de proporcionalidad en su vertiente de *ultima ratio*, sorprendería la decisión del legislador de convertir en delito la sola discriminación laboral: el establecimiento de condiciones de trabajo injustificadamente desiguales sin necesidad de que el sujeto activo se haya servido de los medios del artículo 311 (engaño, abuso de necesidad, intimidación, violencia) ni de que dichas condiciones extravasasen el marco regulador de la relación laboral. Las conductas meramente discriminatorias deben tener su adecuada y eficaz represión en el ámbito laboral.

Por otra parte, si de lo que se trata es de penar la desobediencia en este ámbito, castíguese sólo la más grave y castíguese en su ámbito natural, que es el delito de desobediencia. Y si de lo que se trata es de elevar a delito la infracción administrativa reincidente, habrá de recordarse de que ello no es constitucionalmente posible: que ello supone una sanción por el carácter o una segunda sanción por lo que ya estaba sancionado.

8. Más allá de la desafortunada técnica de tipificación de la discriminación, a caballo entre la desobediencia y la reincidencia, el análisis de la legitimidad de la punición de la discriminación laboral no puede pasar por alto ni el hecho de que ésta afecta a la dignidad de la persona (21) ni el dato de que el artículo 314 restringe las conductas

(20) En contra, TERRADILLOS BASOCO y BAYLOS GRAU (*op. cit.* n. 4, pp. 129 y 130), quienes se manifiestan a favor de que la mera discriminación sea delito; en contra y a favor incluso de una pena mayor, NAVARRO CARDOSO (*op. cit.* n. 15, p. 128) y VALLE MUÑOZ y VILLACAMPA ESTIARTE (en sus comentarios a los arts. 311 a 315 y 318, en AA.VV., dir. Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2002, 3.^a ed., p. 1139).

(21) Para LAURENZO COPELLO «podría caracterizarse el trato discriminatorio como aquel comportamiento que implica una negación de la igualdad entre todos los seres humanos basada en ciertos rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se toma como punto de referencia». De este modo, «la conducta discriminadora apunta directamente hacia un bien esencial de toda persona: el derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás». Asimismo, aparece implicado en el trato discriminador «el modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución» («La discriminación en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, pp. 235 ss. y 241).

típicas a las constitutivas de discriminación «grave». Enumeradas en el precepto las causas de discriminación que se consideran como peculiarmente reprobables, la gravedad añadida sólo puede provenir de las consecuencias laborales de la discriminación y debe plasmarse en la imposición al trabajador discriminado de unas condiciones de trabajo irregulares (22). Ésta es la opinión de Bernal del Castillo, quien, tras advertir en general que los tipos penales que protejan directa e inmediatamente el derecho a la no discriminación «deberán constituirse como delitos materiales, cuyo objeto lo constituyan determinados derechos y facultades del sujeto pasivo, que se ven lesionados o puestos en peligro concreto por el trato desigual» (23), señala que el concepto de «discriminación laboral punible» queda matizado por «la negación de alguna de las condiciones o derechos derivados de las normas laborales» (24).

En esta línea de análisis político-criminal debe añadirse que la punición de la discriminación laboral alcanzaría proporción y coherencia si quedara entroncada con la protección penal de las condiciones laborales. Se trataría de equiparar la imposición discriminatoria de condiciones irregulares a la imposición abusiva o fraudulenta, y de someterla a sus mismos límites. Los que luego se propondrán (25) hacen referencia a un doble filtro: uno material, atinente a las materias que más afectan a los intereses de los trabajadores; otro formal, que excluya, en todo caso, las condiciones meramente contractuales y quizás también las que tengan su origen en un convenio colectivo.

Aun en la versión limitada que aquí se propone de la protección penal de la igualdad en el trabajo debe advertirse sobre el incierto futuro de su aplicabilidad (26). Si la protección laboral de la igualdad tiene cierta eficiencia es porque invierte la carga de la prueba y porque considera irrelevantes los conocimientos y las intenciones del empresario (27). Ninguna de estas dos estrategias es posible en la administración judicial del artículo 314. Por una lado, porque es un delito

(22) El artículo 225.2 (3.º, 5.º y 6.º) del Código Penal francés restringe la prevención penal de la discriminación laboral a la discriminación en la contratación y en el despido. «Quizá sea una buena forma de reducir el campo de la sanción penal y diferenciarla de la administrativa», dice CONDE-PUMPIDO TOURÓN (*op. cit.* n. 15, p. 313).

(23) *La discriminación en el derecho penal*, Comares, Granada, 1998, p. 36.

(24) *Op. ul. cit.*, p. 126.

(25) *V. infra* III.A.17 y 18.

(26) Así, SIERRA HERNÁIZ, «La represión penal de la discriminación laboral. Análisis del artículo 314 CP», en AA.VV. (dir. Corcoy Bidasolo), *Derecho Penal de la Empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2001, pp. 563 ss.

(27) *V. SIERRA HERNÁIZ, op. cit.* n. 26, pp. 563 y ss.

doloso. Por otro, porque frente a la regla especial en materia de discriminación laboral relativa a la inversión de la *carga de la prueba* a partir de un primer indicio razonable de la lesividad del acto empresarial (SSTC 114/1989, 85/1995 y 90/1997), debe imponerse la más fuerte presunción de inocencia, regla fundamental de un Derecho sancionador legítimo: la carga de la prueba la tiene plenamente la acusación (28). Cuestión distinta es la de que en atención a las circunstancias concurrentes pueda constituir un indicio racional la imposibilidad de una comprensión razonable como no discriminatorio del acto que se enjuicia.

B) Las coacciones a la huelga (art. 315.3)

8. El tercero de los tipos del artículo 315 recoge la configuración del antiguo delito de coacciones a la huelga [art. 496, párrafo 2.º, del Código Penal anterior (29)] corrigiendo sus defectos más groseros: la disfuncional referencia al paro empresarial y, sobre todo, su penalidad superior a la coacción al no seguimiento de la huelga (30). Carece aún de justificación, sin embargo, el que se siga configurando como un tipo específico de coacciones y el que se sancione la coacción a la huelga con más dureza que la coacción que limita el ejercicio de un derecho fundamental (art. 172, párrafo 2.º), cosa que aquí no sucede (31). Más bien cabría pensar en que las coacciones a la huelga deberían configurarse como un tipo atenuado de coacciones, a la vista de que estamos ante un «ejercicio abusivo del derecho de huelga», que «implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin» (STC 254/1988) (32). Como recordaba la STC 136/1999, en la ponderación que le impone el principio de proporcionalidad, el legislador debe tener en cuenta el efecto disuasorio del ejercicio de derechos

(28) V. NAVARRO CARDOSO, *op. cit.* n. 15, p. 130.

(29) «Incurrirán en las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas los que actuando con violencia o intimidación, en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, obliguen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial.»

(30) Como advirtió ARROYO ZAPATERO (*Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Praxis, Barcelona y Madrid, 1988, pp. 220 ss.).

(31) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.* n. 3, p. 618; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2002 (4.ª ed.), p. 583.

(32) Sobre esta sentencia, v. el comentario de DE VICENTE MARTÍNEZ: «El derecho de huelga y el delito de coacciones», en *Poder Judicial*, núm. 15, 1989, pp. 173 ss.

fundamentales que supone la sanción penal de conductas ilícitas, pero lindantes con dicho ejercicio, máxime cuando es difusa la frontera entre el delito y el ejercicio del derecho. No otra cosa es lo que justifica, por ejemplo, la baja penalidad de las injurias y de las calumnias.

C) Los delitos contra la libertad sindical (art. 315.1)

9. En lo que a la protección de la libertad sindical se refiere, el artículo 315 castiga con penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical. No hace falta ser muy perspicaz para darse cuenta de que, salvo el efecto limitador que tiene aquí el engaño o la situación de necesidad, que son por cierto medios comisivos tan poco adecuados como poco frecuentes para atentar contra la libertad sindical, el tipo es tremendamente amplio, pues se conforma con cualquier conducta de «limitación» de la libertad sindical (33). Es precisamente esta amplitud el germen de su inconcreción: al abarcar tanto, el intérprete –el juez– se ve forzado por el principio de proporcionalidad a seleccionar sólo algo de lo abarcado, sin que para dicha selección existan pautas precisas.

La amplitud no sólo proviene de la abstracción con la que se define el comportamiento, sino de las propias características de la materia regulada. Como ha destacado la doctrina laboralista especializada, la noción de antisindicalidad es amplia y versátil, necesitada de «una tipología de las plurales y heterogéneas formas de lesión de la libertad sindical» y fronteriza con el comportamiento empresarial, legítimo y lícito que no reprime el conflicto social, sino que se desarrolla en el seno y con la lógica del mismo (34).

La búsqueda de esa tipología ha de partir del propio concepto de libertad sindical. De acuerdo con el artículo segundo de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, el Tribunal Constitucional ha distinguido entre un significado individual del derecho a la libertad sindical que «consiste principalmente en el derecho a constituir sindicatos, afi-

(33) Hasta el círculo de sujetos activos está descrito sin restricciones, aunque «el candidato natural a la autoría es el empresario» (ARROYO ZAPATERO, *op. cit.* n. 30, p. 175). El artículo 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical señala que el daño a la libertad sindical puede provenir del «empleador, asociación patronal, Administraciones públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada».

(34) VALDEOLIVAS GARCÍA, *Antisindicalidad y relaciones de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 30 ss.

liarse al de su elección [...], y a que los afiliados desarrollen libremente su actividad sindical» (STC 197/1990), y un significado colectivo, «en cuanto derecho de los sindicatos al libre ejercicio de su actividad de cara a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios» (STC 73/1984). En paralelo, puede diferenciarse el impedimento o la limitación del ejercicio de la libertad sindical en el marco de la relación individual de trabajo –sea en el acceso al trabajo, en su normal desenvolvimiento o en la forma de finalización– del que se produce respecto a las relaciones colectivas –en la organización del sindicato, en su acción en el seno de la empresa, en la negociación colectiva, en el conflicto colectivo– (35). Debe reputarse sindical, en cualquier caso, la actividad de los órganos de representación unitaria de los trabajadores (36).

Los supuestos de hecho candidatos a incardinarse en el artículo 315, cuando se generen a través de los medios indicados y den lugar a un menoscabo relevante de la libertad protegida, serán, a título de ejemplo, la elaboración de «listas negras» para la no contratación de personas por su afiliación o por su actividad sindical; la inclusión expresa o tácita de cláusulas de resolución del contrato de trabajo consistentes en dicha afiliación o actividad; la discriminación en el salario, en las condiciones de trabajo o en la promoción profesional por las razones apuntadas; las sanciones, el despido en general o la finalización del contrato en general con el origen antisindical mencionado; «los actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o en sostener económicamente o, en otra forma, sindicatos con el mismo, propósito de control» (art. 13, párrafo 2.º, de la Ley Orgánica de Libertad Sindical); la perturbación de la actividad sindical en el seno de la empresa (informativa, de reunión, de recaudación de cuotas); y la negativa a la colaboración debida para el ejercicio de la actividad sindical (información y documentación –art. 10.3 LOLS–, local y tablón de anuncios –8.2 LOLS–, permisos y excedencias de los cargos directivos –art. 9 LOLS–).

10. La reflexión acerca del desvalor de estas conductas y acerca del papel mínimo que ha de cumplir el Derecho Penal en una sociedad democrática, de castigo sólo de los comportamientos más graves y cuando ello devenga imprescindible, abogaría por la represión penal únicamente de los atentados a la libertad sindical más graves y más frecuentes, que deberían describirse en el tipo. Estas conductas son el

(35) V. VALDEOLIVAS GARCÍA, *op. cit.* n. 34, p. 55.

(36) V. BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO, *op. cit.* n. 4, pp. 144 ss.

despido, o el traslado, o, en general, la discriminación grave en el empleo o en el acceso al empleo por razón de la afiliación o de la actividad sindical, o del ejercicio del derecho de huelga. Sólo en estos casos, por su dimensión institucional, la discriminación tiene un desvalor merecedor de pena.

Un segundo tipo de conducta antisindical que merece reflexión respecto a su catalogación penal son los actos de injerencia empresarial mediante la infiltración de personas en el sindicato o mediante la constitución de sindicatos paralelos. Creo sin embargo que, frente a otro tipo de reacciones –administrativas o colectivas–, las intensas dificultades de prueba de estos supuestos (37) hacen inconveniente la meticulosa intervención penal.

D) La inmigración clandestina (art. 313.1)

11. No se entiende bien por qué la promoción o el favorecimiento de la inmigración clandestina es un delito contra los derechos de los trabajadores. Según la jurisprudencia la razón está en el peligro que esta conducta supone de explotación de ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo, personas extremadamente vulnerables por su imperiosa necesidad de sustento y por la imposibilidad de reivindicar condición de trabajo alguna (38). Si ésta es la perspectiva que guía la

(37) Subrayadas por BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO (*op. cit.* n. 4, p. 155). Como sucedía respecto a los comportamientos discriminatorios del artículo 314 es harto difícil la prueba de que la medida empresarial tiene una motivación sindical, sin que dicha dificultad pueda salvarse en el ámbito penal con la inversión de la prueba con la que opera la jurisdicción laboral a partir de meros indicios de antisindicalidad (v. ARROYO ZAPATERO, *op. cit.* n. 30, 181; NAVARRO CARDOSO, «La protección penal de la libertad sindical», en *Relaciones Laborales*, 1998, II, p. 791).

(38) Según la STS 1.330/2002, de 16 de julio, «(e)l bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores. La sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1998 se expresa así: «El bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Es un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida. Para aprovecharse de esta situación y convertirla en

incriminación resulta sorprendente que se castigue igual la explotación (art. 312.2) que el favorecimiento del peligro de explotación (art. 313.1) (39). Tanto como que se diga que el bien protegido último son los derechos como trabajadores de unas personas de las que a la vez se dice que no tienen derecho al trabajo. Sea como fuere dista de la claridad que esta manera de ver las cosas justifique la punición: que deba sancionarse penalmente –y con penas de prisión de hasta cinco años– una conducta abstractamente peligrosa de contratación laboral en condiciones irregulares. Parece que es suficiente la intervención penal que supone el artículo 312.2 en su segundo inciso, al sancionar dicha irregularidad respecto a «súbditos» (*sic*) extranjeros sin permiso de trabajo (40).

12. Otro modo de justificar la intervención penal en la promoción de la inmigración es la que procede del abuso de la situación de

inmoral fuente de ingresos, aparecen grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancía de fácil y reprobable explotación». Para la STS 2.205/2002, de 30 de enero, «la inmigración ilegal, aun cuando sea voluntaria, coloca en situación de vulnerabilidad o riesgo a la persona que se traslada y establece en país que no es el suyo, por lo que las conductas que la promueven están poniendo en peligro los bienes jurídicos más relevantes de estas personas y perjudicando los derechos de los que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada en el Estado español se hubiese realizado en condiciones de legalidad».

(39) En loable afán restrictivo, la STS 2.205/2002, de 30 de enero, exige un cierto resultado de la conducta: «Aun cuando no se exprese en el tipo, la sanción del tráfico ilegal de mano de obra como delito requiere el daño o la grave puesta en peligro de los derechos de los trabajadores afectados, bien jurídico tutelado en este título» (también en esta línea, NAVARRO CARDOSO y DEL RÍO MONTESDEOCA, «Delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores del artículo 313.1 del Código Penal de 1995», en *La Ley*, 1998, VI, p. 2353).

(40) Sobre este tipo penal v. CARDENAL MONTRAVETA y CARDENAL ALEMANY, «El delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312.2 *in fine* CP). Especial referencia a su aplicación jurisprudencial», en *Poder Judicial*, 66, 2002, pp. 213 ss. Si el precepto que comentamos se concibe como un delito de peligro para los derechos de los trabajadores –*rectius*: como un delito de peligro de explotación– y si el delito del artículo 312.2 castiga con la misma pena la lesión de tales derechos –*rectius*: la explotación–, parece que, si tras la emigración clandestina el mismo sujeto activo emplea a los emigrantes en condiciones inferiores a las que corresponderían normativamente, debería aplicarse la norma del 312 por consunción (en este sentido, PÉREZ MANZANO, *op. cit.* n. 15, p. 32; NAVARRO CARDOSO, *op. cit.* n. 15, p. 106; a favor del concurso de delitos, TERRADILLOS BASOCO y BAYLOS GRAU, *op. cit.* n. 4, p. 100, y, en opinión que ahora se rectifica, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en AA.VV., dir. Bajo Fernández, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, II, Ceura, Madrid, 1998, p. 642).

necesidad del inmigrante. Lo más doloroso del fenómeno de la inmigración clandestina no es la alteración social que supone el descontrol del número de personas que residen en España, sino el que esas personas sean patrimonialmente defraudadas en su traslado a España, el que en dicho traslado se ponga en peligro sus vidas sin su conocimiento, o el que se contribuya a una consciente autopuesta en peligro sólo explicable por una grave situación de necesidad (41).

Esta perspectiva, que es la perspectiva del «tráfico de inmigrantes», pero no de la «inmigración clandestina», no es desde luego una perspectiva de protección de los derechos de los trabajadores sino de una protección de derechos de las personas a la que ya provee el apartado tercero del artículo 318 bis. Por cierto que este artículo va a hacer inaplicable el 313, al sancionar más gravemente la promoción, el favorecimiento o la facilitación de la inmigración clandestina de personas.

13. La tercera y última perspectiva es la que procede del interés del Estado en que no entren en España sin autorización ciudadanos extranjeros en busca de trabajo. Se protege así penalmente el control administrativo de la inmigración. Lo que hay detrás de este interés ni está siempre claro ni es fácil de expresar, y va desde la protección del acceso al trabajo de los ciudadanos españoles —con lo que el bien mediatamente protegido estaría así curiosamente constituido por los intereses de «otros» trabajadores, pero no de los que son el sujeto pasivo de la acción típica (42)— hasta el mantenimiento del Estado del bienestar o de la seguridad ciudadana, que quedarían puestos a prueba por la presencia masiva de personas que residen entre nosotros sin poder acceder a un empleo.

Si es ésta la perspectiva no estamos ante un delito contra los derechos de los trabajadores, que como tal debería desaparecer. Si es ésta la perspectiva, por lo demás, es harto discutible que, sin otras circunstan-

(41) Afirma TERRADILLOS BASOCO que el artículo 313, «destinado a proteger a los inmigrantes de las organizaciones criminales que con ellos trafican», se aplica cicateramente, «e incluso se ensayan intentos de aplicarlo a quienes, con su ayuda humanitaria, ni fomentan ni facilitan la inmigración, sino que, más humildemente, coadyuvan a la tutela de los derechos exigidos por la dignidad del emigrante» («Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera», en AA. VV., coord. Lorenzo Copello, *Inmigración y Delito Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 378).

(42) Para TERRADILLOS BASOCO «la criminalización se fundamenta en la aceptación legal de que esa inmigración pone en peligro tanto los derechos laborales de los trabajadores inmigrantes afectados como los de los legalmente contratados [...]. Si en el caso concreto no quedan afectados, siquiera sea potencialmente, los derechos del inmigrante clandestino ni los de los trabajadores que pudieran concurrir al mismo mercado de trabajo, por ser inidónea para ello la conducta examinada, ésta no podrá reputarse delictiva» («Los delitos de tráfico...», *cit.* n. 41, p. 391).

cias agravantes como las que se mencionaban en el punto anterior (ánimo de lucro, puesta en peligro de la vida del inmigrante), debamos recurrir al Derecho Penal para prevenir este tipo de comportamientos o que debamos hacerlo con penas que lleguen a los cinco (art. 313.1) o a los ocho años de prisión (art. 318 bis.1).

E) La recluta de personas con ofertas falsas de empleo (art. 312.2)

14. La conducta típica del primer inciso del artículo 312.2 consiste en reclutar personas o en determinarlas a abandonar su puesto de trabajo, y en hacer cualquiera de las dos cosas «ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas». Desde la perspectiva adoptada de evaluación del ámbito de intervención penal la que preocupa es la primera de las conductas típicas, la recluta engañosa, que en principio ni parece requerir que el sujeto pasivo haya de tener un puesto de trabajo ni que el resultado al que se haya visto inducido sea su pérdida sin sustituto o sin el sustituto ofrecido (43). De este modo el tipo se cumpliría con la mera selección o con la simple oferta fraudulentas a trabajadores o a personas en busca de trabajo. Que ello supone un indiscutible exceso punitivo, máxime a la vista de la pena amenazante (prisión de dos a cinco años), no parece ofrecer demasiadas dudas.

15. Como han destacado Baylos Grau y Terradillos Basoco (44), el tipo adquiere delimitación y sentido si se le interpreta desde la estructura de la estafa: si consiste en un engaño que ocasiona la pérdida de un puesto de trabajo. Se trata así de que alguien, guiado normalmente por un ánimo de lucro que aquí no se exige, engañe de un modo suficiente y eficaz a un trabajador para que abandone su puesto de trabajo y se incorpore a otro que en realidad no existe o que es sustancialmente diferente al ofrecido. Al igual que en la estafa, el engaño ha de ser bastante desde la perspectiva de las características y conocimientos de la víctima; al igual que en la estafa, el engaño ha de ser eficaz en el sentido de que genera un error que efectivamente hace

(43) Según la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz -5.ª- de 13 de noviembre de 2000 «la recluta se castiga tanto cuando se comete respecto de una persona que ya estaba empleada con anterioridad y, con este motivo, abandona tal puesto de trabajo, como cuando se comete respecto de un desempleado. Así pues, se realiza la conducta típica cuando una persona, que no tendrá por qué ser necesariamente empleador o empresario pero que, en la práctica y en casi todos los casos, lo será, lleva al sujeto pasivo a entrar en una relación laboral con un especial engaño, relativo a la propia falsedad o inexistencia del empleo ofrecido o la inexactitud de las condiciones en las que debe desarrollarse esta prestación laboral».

(44) *Op. cit.* n. 4, p. 90.

(«determina») que el trabajador deje su empleo, momento éste que será el de la consumación del delito.

A lo expuesto se ajusta la conducta típica consistente en la «determinación» al abandono del puesto de trabajo, pero no la recluta de personas. Si por recluta ha de entenderse semánticamente la reunión de personas con un propósito determinado, resultará la inaceptable conclusión de que el Código Penal considera como delito la mera oferta falsa de trabajo. Y lo mismo sucederá si adoptamos el concepto de reclutamiento utilizado en la contratación laboral como procedimiento de atracción de candidatos potencialmente cualificados para la ocupación de un puesto de trabajo. El panorama interpretativo mejora, pero no suficientemente para legitimar el precepto, si, forzando quizás en exceso la semántica, para la recluta se exige la firma de un contrato y se entiende por lo tanto que sólo ha sido reclutado el trabajador contratado (45). La interpretación sigue sin ser convincente porque la intervención penal y la severa pena en la que se traduce exigen un contenido de injusto mayor, una conducta más lesiva o disvaliosa que la consistente en engañar respecto a una contratación laboral. De un lado, carecería de sentido que el engaño destinado al incumplimiento de condiciones contractuales presupuestas normativamente o expresamente firmadas (art. 311) (46), que ya es una conducta que sin más no debería merecer pena, tuviera una pena sensiblemente menor (prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses) que el engaño respecto a las condiciones que se van a firmar. Es menos grave, por ejemplo, prometer que se va a pagar diez y consignar sólo tres en el contrato, que pagar tres a pesar de los diez que estaban comprometidos y firmados. De otro lado, el desvalor de esta conducta no resistiría la comparación con su compañera de precepto, de determinación al abandono del puesto de trabajo, que, ya se ha dicho, comporta el importante daño de la pérdida del mismo.

En suma: no es razonable penar ni la simple oferta falsa de trabajo ni tampoco el engaño respecto a las condiciones de trabajo posterior-

(45) Así, CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en AA.VV., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 (3.ª ed.), p. 612; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.* núm. 3, pp. 566, 568; MESTRE DELGADO, *op. cit.* n. 3, p. 407, dado «el contexto normativo, del artículo y del título».

(46) El artículo 311 supone una imposición meramente fáctica de las condiciones irregulares. Va de suyo si se trata de condiciones anticontractuales y será también lo usual si se trata de condiciones antinormativas: carece de toda racionalidad por parte del infractor el que las condiciones antinormativas engañosamente impuestas figuren en el contrato.

mente firmadas. Lo único sensato sería entender que la recluta ha de comportar el abandono de un empleo o, al menos, algún perjuicio personal o patrimonial equivalente (47). Esta interpretación, sin embargo, parece inviable desde la letra y la sistemática del precepto: ni parece aceptable exigirle tanto a la recluta, ni la misma tendría sentido como conducta típica diferente de la determinación al abandono del puesto de trabajo.

III. LA CONCRECIÓN QUE FALTA

A) La imposición de condiciones irregulares de trabajo (art. 311)

16. Tanto en éste como en los otros dos tipos penales a los que voy a referirme lo que falta es precisión en la descripción típica. Si esta afirmación no sorprende respecto al «tráfico ilegal de mano de obra» (art. 312.1) ni respecto al impedimento o limitación, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, del ejercicio del derecho de huelga (art. 315.1), a los que luego me referiré, sí puede extrañar en relación con un tipo aparentemente prolijo como el que contiene el artículo 311.1, consistente en, de nuevo «mediante engaño o abuso de situación de necesidad», imponer a los trabajadores «condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual».

Una lectura más detenida del precepto nos lleva a la conclusión de que su precisión es meramente aparente: de que cualquier mera restricción o perjuicio de cualquier condición laboral, contractuales incluidas, es potencialmente delictiva si se impone con abuso de situación de necesidad, que es la situación habitual de quien firma como trabajador un contrato de trabajo. Como no todo ello puede ser delito, y como el tipo no nos dice nada más, habrá que averiguar qué conductas están penadas aplicando vagos criterios interpretativos relativos al principio de intervención penal mínima y a sus criterios de necesidad o *ultima ratio* y proporcionalidad en sentido estricto. De nuevo, por cierto, se funden los defectos del exceso y la imprecisión: como el tipo es semánticamente excesivo hay que recortarlo con criterios abs-

(47) En contra de estas restricciones, BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO (*op. cit.* n. 4, p. 91); NAVARRO CARDOSO (*op. cit.* n. 15, p. 90).

tractos que dificultan el conocimiento de lo que es y lo que no es delictivo (48).

17. Lo que el legislador penal parece querer es la tipificación sólo de las conductas más graves relativas a la imposición o mantenimiento de condiciones de trabajo inadecuadas. Esta delimitación no es, desde luego, nada fácil. Se trata de aprehender los comportamientos tradicionalmente denominados como de «explotación» (SSTS de 13 de junio de 1975, de 2 de febrero de 1980, de 14 de marzo de 1985, de 29 de mayo de 1989) y cuyo evidente carácter gravemente lesivo proviene no sólo de los trascendentes intereses a los que afecta –la salud, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el patrimonio– sino también de la peculiar situación de cuasialevosía en que suelen producirse. Debe reiterarse en este punto que una persecución más ambiciosa de cualesquiera ilícitos laborales no sólo contradiría el postulado elemental de intervención mínima, sino que en realidad tendería a debilitar la eficacia del precepto por las dudas que generarían en los operadores jurídicos sus contornos ineludiblemente borrosos, por la disminución del efecto preventivo general que comportaría tal imprecisión, por la levedad a la que se vería arrastrada la pena, y por el riesgo de percepción social de su entero contenido como de bagatela.

A) La primera vía de reducción descriptiva radica en el tipo de comportamiento, presente ya en el anterior 499 bis (49) y reiterada ahora a través del «engaño o abuso de situación de necesidad». Esta vía tiene varios problemas: introduce elementos de difícil probanza; arrostra el riesgo de reducir demasiado si se detiene en el primero de los incluidos (engaño); y reduce demasiado poco con la segunda modalidad alternativa de acción, el abuso de situación de necesidad, debido a la cuasinherencia de esta situación en la demanda de trabajo (50).

(48) Por cierto: la reciente STC 24/2004 no encuentra tacha de inconstitucionalidad *ex principio* de legalidad en el tipo de «tenencia de armas prohibidas» (art. 563) porque el tipo resulta determinable y proporcionado en cuanto a su pena a partir de principios generales de interpretación que se derivan del bien protegido y del papel del Derecho Penal en el ordenamiento.

(49) La jurisprudencia matizaba que la tipicidad requería el empleo de «medios especialmente reprobables», que revelen «un elevado grado de desaprobación ético-social» (STS de 6 de octubre de 1995), entre los que sin lugar a dudas estarán los delictivos (STS de 28 de mayo de 1993). El 499 bis del Código Penal anterior exigía el uso de «maquinaciones o procedimientos maliciosos».

(50) BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO consideran que el legislador debió haberse conformado «con criminalizar la conducta de “imponer”, sin tasar los medios típicos», cosa que no «hubiera aumentado sustancialmente el ámbito de lo punible, ya

Esta inherencia ha sido objeto de reflexión por la jurisprudencia y por la doctrina. La ha destacado el propio Tribunal Supremo, para quien «el abuso de la situación de necesidad (...) viene generada por el mercado de trabajo que provoca un desequilibrio entre asalariado y empleador» (STS 1.611/2000, de 16 de octubre; también SAP de Santa Cruz de Tenerife 164/2002, de 15 de febrero). Precisan Terradillos Basoco y Baylos Grau que el abuso ha de ser probado, «y no deducido de una situación general; pero ha de bastar con probar que quien contrata en condición de empleador conoce la situación objetiva del contratado y se prevale de esa desigualdad *inter partes*» (51).

Frente a esta percepción –prueba de que la relación concreta responde a la relación general de desigualdad– algunos autores exigen una situación especial de necesidad. Así, de cara a restringir el ámbito del tipo, Valle Muñiz y Villacampa Estiarte se esfuerzan en señalar que el abuso de necesidad puede «identificarse con una específica y concreta situación de precariedad en el empleo del sujeto pasivo de la infracción, lo que podrá derivar tanto de una situación personal como de la del concreto segmento laboral en que se encuadre» (52). Convincientemente, Navarro Cardoso exige que se constate una concreta situación de abuso de necesidad «por mor del efectivo estado de precariedad en el que se encuentran los trabajadores específicamente afectados». De otro modo, si el tipo se refiriera a una situación de necesidad genérica, no se justificaría la expresa mención de este modo de comisión, ni su equiparación al engaño, ni se lograría una adecuada distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo (53). Ortubay Fuentes, en su excelente monografía sobre este delito, precisa que «el abuso de la necesidad de empleo adquiere relevancia cuando supone un *plus* de desvalor sobre la relación, estructuralmente desigual, entre el empleador y el demandante de empleo [...]. El desvalor de la conducta del empleador depende tanto de la gravedad de la situación de necesidad como de la importancia del prevalimiento. La primera ha de medirse atendiendo a las dificultades objetivas que la persona con-

que no parece imaginable una imposición de condiciones ilegales si no se emplea engaño y abuso [...]. Se ahorraría la prueba sobre unos medios que en buena parte de casos va a ser imposible, y quizá también innecesaria cuando se ha probado el efecto que produjeron. Y se dotaría de armonía a todo el artículo 311, ya que sólo así las circunstancias del número 3 actuarían como agravantes específicas, lo que no puede afirmarse con la fórmula legal vigente» (*op. cit.* n. 4, pp. 72 ss.).

(51) *Op. cit.* n. 4, p. 72.

(52) *Op. cit.* n. 20, p. 1109.

(53) *Op. cit.* n. 15, pp. 53 ss.

creta va a encontrar en el acceso al empleo. El desvalor del abuso estará en función tanto de la importancia de lo sometido a la aceptación de condiciones laborales perjudiciales, como del grado de vulnerabilidad del sujeto pasivo –ausencia total, o no, de alternativas laborales–, como, también, del grado de ilicitud de dichas condiciones, es decir, de su capacidad para perjudicar los derechos de los trabajadores» (54).

B) Desde la perspectiva del desvalor de acción la intervención penal se justificaría así por la facilidad de comisión y por las elevadas posibilidades de impunidad que aportan el engaño y la situación de necesidad, que facilitan no sólo la prestación del trabajo en condiciones irregulares, sino la dificultad de su denuncia por parte del trabajador que las sufre. Este desvalor es insuficiente si no viene acompañado por un desvalor de resultado que restrinja las condiciones laborales fraudulenta o abusivamente impuestas a las relevantes en función de la materia o de la fuente normativa (55). En este último sentido se revela patentemente inadecuada la actual inclusión de las de origen contractual (56). Una seria reflexión merece la eliminación de las que parten de convenios colectivos, a la vista de que las condiciones esenciales en su nivel de mínimos siguen siendo objeto de regulación por la normativa legal (57).

a) Un elenco significativo de conductas intolerablemente lesivas de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social lo puede deparar la consulta al Estatuto de los Trabajadores (art. 96) y a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (arts. 8 y 23). De gran utilidad puede resultar también un repaso de los supuestos que el Tribunal Supremo refrendó como incardinados en el artículo 499 bis del Código Penal anterior o en el vigente artículo 311.

Abstracción hecha de los supuestos de discriminación, de cesión de trabajadores y de limitación de la libertad sindical, que se situarían bajo la égida de otros preceptos penales, de aquella regulación puede destacarse el impago o el retraso reiterado del pago del salario debido, el cierre o cese no autorizado de actividades empresariales, la transgresión de las normas sobre trabajo de menores, los actos atentatorios

(54) *Op. cit.* n. 2, p. 364.

(55) V. ORTUBAY FUENTES, *op. cit.* n. 2, p. 317.

(56) En este sentido, TERRADILLOS BASOCO y BAYLOS GRAU (*op. cit.* n. 4, p. 78); NAVARRO CARDOSO (*op. cit.* n. 15, p. 60); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (*op. cit.* n. 3, p. 546).

(57) V. DEL REY GUANTER, *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, p. 287.

a la integridad moral o a la dignidad de los trabajadores, su traslado irregular, la retención de la cuotas de Seguridad Social descontadas a los trabajadores, o el pacto de la renuncia de los trabajadores a los derechos que les confiere el sistema de Seguridad Social.

b) El repaso a la jurisprudencia dictada en aplicación del artículo 499 bis, 1.º y 2.º, del Código Penal anterior y del 311 del vigente nos ofrece supuestos de creación de empresa ficticia al objeto de cederle trabajadores y proceder a su despido con menor coste para la empresa y menor beneficio para los despedidos (STS de 18 de mayo de 1981); de negativa a dar de alta a un trabajador en la Seguridad Social a pesar de su insistente solicitud (STS de 7 de noviembre de 1984); de pacto incumplido de despido improcedente y readmisión posterior en las mismas condiciones acordado con una trabajadora embarazada (STS de 7 de noviembre de 1984); de firma en blanco a la que se adhiere posteriormente el reconocimiento del trabajador de despido voluntario (STS de 14 de marzo de 1985); de falsificación de la firma del trabajador en escrito de conformidad con la finalización de sus servicios (STS de 23 de diciembre de 1989); de insolvencia aparente generada para frustrar los derechos económicos y de otro tipo de los trabajadores (STS de 6 de julio de 1991); de contratación clandestina de extranjero sin cobertura de prestaciones sociales y sin estabilidad alguna en el empleo (STS de 28 de septiembre de 1992); de despido improcedente, opción por la indemnización e insolvencia fraudulenta (STS de 29 de septiembre de 1994); de traslado de un trabajador a un puesto de trabajo insalubre y patentemente inadecuado para su formación (STS de 12 de diciembre de 1994); de coacciones para el abandono del puesto de trabajo en forma de mala gestión y de supresión de la electricidad y de la calefacción (STS de 6 de octubre de 1995); de falta de entrega de los contratos firmados, de alta en la Seguridad Social y de abono alguno, «encontrando los perjudicados el día 3 de octubre de 1996, con que al ir a trabajar, la empresa estaba cerrada, sin que puestos en contacto telefónico con el acusado se les diera explicación razonable» (STS 125/1999, de 5 de febrero); de contrato de «esclavo», con trato humillante y prestaciones laborales domésticas durante tres meses a cambio sólo de la manutención (STS 995/2000, de 30 de junio); de falta de alta en la Seguridad Social (STS 1.611/2000, de 16 de octubre).

18. A partir de las reflexiones expresadas y a partir del reconocimiento de la dificultad de la tarea adquiere un gran interés la propuesta de redacción de Ortubay Fuentes: el tipo debería comprender sólo el establecimiento de condiciones inferiores a las señaladas en la ley (58),

(58) La autora duda acerca de si deben incluirse también las condiciones incluidas en lo convenios colectivos (*op. cit.* n. 2, pp. 484 ss.).

sólo cuando el menoscabo sea grave (59) y sólo «en materia de remuneración, jornada, vacaciones, seguridad y salud laboral, duración del contrato y derechos relativos a la finalización del mismo, promoción en el trabajo, igualdad de trato, respeto a la intimidad y libertad ideológica, o régimen de Seguridad Social» (60). Según se expone en otros lugares de este artículo, esta relación de materias es a mi juicio probablemente excesiva: la protección de las condiciones de seguridad en el trabajo debería dejarse a lo dispuesto en los artículos 316 y 317; la protección específica de la libertad ideológica de los trabajadores debería reducirse al castigo de la punición de la discriminación por razones sindicales.

B) El tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1)

19. Uno de los principales problemas de determinación que tiene el título que analizamos radica sin duda en la descripción típica del artículo 312.1. De modo ambiguo y lacónico castiga con severas penas (dos a cinco años de prisión y multa de seis a doce meses) a quien «trafique de manera ilegal con mano de obra». El problema es que no es en absoluto evidente qué es traficar con mano de obra, aunque dado el rigor de la pena, la más elevada del título, no debe ser cualquier cosa: debe constituir un comportamiento muy grave (61).

Es por ello por lo que debe comenzarse el análisis del precepto con el rechazo a la tradicional identificación del tráfico ilegal de mano de obra con la mera contratación ilegal de trabajadores, o con la simple intermediación ilegal en el mercado de trabajo, o con la cesión ilegal de trabajadores (62). Es también por ello por lo que debe intensi-

(59) Pp. 487 y ss.

(60) P. 484.

(61) Repárese en que se trata de una pena de prisión no sustituible por una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88), ni por expulsión (art. 89.4), y que, salvo en su límite mínimo de dos años, tampoco es suspendible (art. 80).

(62) V., por ejemplo, en relación con el 499 bis anterior, DE VICENTE MARTÍNEZ, «Protección penal del trabajo y de la Seguridad Social», en AA. VV. (ed. Arroyo Zapatero y K. Tiedemann), «Estudios de Derecho Penal económico», Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 83. LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN consideran que el tipo «incluye la contratación realizada al margen de las oficinas de empleo, las empresas de trabajo temporal y las exigencias legales de la cesión de trabajadores [...], aunque el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal y la proximidad de las normas administrativas obliga a excluir del ámbito del delito las meras infracciones formales de requisitos administrativos» («El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador», Madrid, 1996, p. 155). En esa misma línea se pronuncia MORILLAS CUEVA, quien entiende que «es un tipo sensiblemente mejorable, que demanda una

ficarse la reflexión en torno al concepto de «tráfico» como utilización no voluntaria o no plenamente voluntaria de las prestaciones laborales del trabajador, con afectación a su propia dignidad.

20. El Estado tiene un serio interés en conocer, ordenar y controlar el mercado de trabajo. Va en ello la información necesaria para el diseño de una política social, económica y de emigración adecuadas; la adecuación entre puesto de trabajo y condiciones y capacidades de los trabajadores; la garantía de una igualdad de oportunidades en el acceso al empleo; la posibilidad de emprender políticas de discriminación positiva para favorecer a ciertos grupos que tienen un acceso más difícil al empleo; y la posibilidad de informar y proteger a los trabajadores, evitando sobre todo que la necesidad de acceder al empleo merme su salario en beneficio de terceros que intermedian en la contratación laboral. Estos objetivos provocaron que el Estado monopolizara los servicios de intermediación en la oferta y la demanda de empleo, que obligara además a su utilización en toda contratación laboral, y que persiguiera su defraudación a través de la vía de la cesión de trabajadores. El rigor de estas políticas lo desmentía una realidad en la que sólo el ocho por ciento de las contrataciones se gestionaban originariamente en el servicio público de empleo (63). Tal rigor formal se atenuó en la década de los noventa, en la que se permitieron las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro y las empresas de trabajo temporal.

La contratación abierta o encubierta de trabajadores al margen de las vías establecidas para ello sigue siendo una infracción, y una infracción de relevante lesividad social (64). Naturalmente que ello no comporta que debamos constituir la en una infracción penal y menos en un delito merecedor de una pena que puede llegar a los cinco años de prisión –frente al máximo de seis meses de la regulación penal anterior–. Resulta innecesario y desproporcionado sancionar así la contratación directa de trabajadores por parte de la empresa y sin información a la Administración (65), o la mera mediación entre

mayor especificación de su contenido o, por el contrario, su desaparición típica, por estar cubierta la conducta por las infracciones y sanciones administrativas» (en AA.VV., dir. Cobo del Rosal, «Curso de Derecho Penal español. Parte especial», I, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 905).

(63) Cfr. en CASAS BAAMONDE y PALOMEQUE LÓPEZ, «La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo», en *Relaciones Laborales*, 1994, II, 253.

(64) Su dimensión supraindividual quedaba subrayada en el artículo 499 bis del Código Penal anterior, cuando se matizaba que la pena por el delito de tráfico ilegal de mano de obra se impondría «aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador».

(65) V. BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, n. 10, p. 549.

empleador y trabajador para la contratación de éste, o la mediación lucrativa pero ocasional, o la simple cesión ilegal de trabajadores (66). Constituye de hecho una infracción muy grave, pero administrativa, el «(e)jercer actividades de mediación con fines lucrativos, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores, así como ejercer actividades de mediación sin fines lucrativos, sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa o continuar actuando en la intermediación y colocación tras la finalización de la autorización, o cuando la prórroga se hubiese desestimado por el servicio público de empleo» (art. 16.1. de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social).

La entrada del Derecho Penal –y la entrada por la puerta grande de las penas de prisión, salvo la mínima, superiores a los dos años y por lo tanto, de nuevo salvo la mínima de dos años, de ejecución no suspendible– exige una conducta muy disvaliosa en la que deben concurrir al menos los tres siguientes rasgos: que se trate de un mediador, y por lo tanto no sólo del empresario contratante (67); que el que intermedia lo haga guiado por el ánimo de lucro y que ello redunde o pueda redundar en perjuicio de los intereses económicos o de otro tipo del trabajador o trabajadores contratados (68); que el sujeto activo se dedique

(66) Sobre su diferenciación con la subcontratación legal, recientemente, STS –6.ª– 20 de septiembre de 2003: «las empresas que están legalmente constituidas y normalmente actúan con validez en el tráfico jurídico, pueden también incurrir en cesión ilegal de trabajadores, lo cual se produce cuando en la contrata no ponen realmente su organización empresarial a disposición de la compañía principal, sino que se limitan a suministrar mano de obra para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la compañía contratante; así lo ha declarado reiteradamente esta Sala, pudiéndose citar a este respecto las sentencias de 19 de enero de 1994, 12 de diciembre de 1997, 25 de octubre de 1999 y 17 de enero de 2002, entre otras» (f. D. 3).

(67) Así, SAP Málaga –7.ª– 5/2000, de 10 de marzo.

(68) Para MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ «es consustancial al verbo traficar la nota de enriquecimiento o de lucro en el agente» (*op. cit.*, n. 3, p. 561; también, MORILLAS CUEVA, «Delitos contra los derechos de los trabajadores y delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en AA. VV., dir. Cobo del Rosal, «Compendio de Derecho Penal español», Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 571; en contra, TERRADILLOS BASOCO, quien considera que «su significado gramatical autoriza tanto a identificarlo con comerciar como con intermediar, pero esta segunda acepción es la que viene aconsejada por la consideración del bien jurídico protegido»: «Los delitos de tráfico...», *cit.*, n. 41, p. 385; también en este último sentido, RUEDA GARCÍA, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en AA. VV., dir. Del Rosal Blasco, «Empresa y Derecho Penal», I, CGPJ, Madrid, 1998, p. 252). Además de ello estima MARTÍNEZ-BUJÁN que debe limitarse la aplicación de la norma penal «a comportamientos que denoten un especial peligro para bienes penalmente merecedores de tutela penal» (p. 562). MUÑOZ CONDE señala que «para la intervención del Derecho Penal será preciso, por

habitualmente a este tipo de intermediación. En esta línea restrictiva, Baylos Grau y Terradillos Basoco limitan las posibilidades de subsunción en el artículo 321.1 «a supuestos en que la magnitud de las operaciones realizadas permita hablar de puesta en peligro, constatada, de derechos —de acceso al puesto de trabajo— de otros trabajadores, o de obstaculización material de políticas públicas de empleo» (69).

21. Un paso más atrevido en pos de la legitimación de la intervención penal, de concreción de la misma, y de un deslinde adecuado y eficaz entre intervención penal y administrativa lo depara la reflexión sobre el concepto de «tráfico» aplicado a la «mano de obra». Aunque el Estatuto de los Trabajadores utiliza el término «tráfico» para referirse a la «cesión de trabajadores» (art. 43), si el significado del verbo traficar tiene como directo complemento el «dinero y las mercancías», si aplicado a las personas comporta precisamente su cosificación, si sólo carece de significado peyorativo cuando no se utiliza como el resultado de la actividad de alguien hacia otros —cuando equivale a movimiento de población—, sólo podrá hablarse en rigor de «tráfico de mano de obra», que será siempre «ilegal», cuando se utilice al trabajador como un objeto: cuando con fines de explotación se negocie con su actividad laboral sin su voluntad o con su voluntad viciada por falta de conocimiento o de libertad. De lo que se trataría así con la punición del tráfico de mano de obra es de evitar que «el trabajo humano sea considerado como una pura mercancía al contratarse o comerciarse el esfuerzo ajeno sin respeto a los más esenciales principios de la dignidad humana» (STS de 18 de mayo de 1981). No en vano, por cierto, diferenciaba el artículo 499 bis del Código Penal anterior entre «cesión de mano de obra» y «tráfico ilegal de mano de obra».

Converge así este concepto de «tráfico de mano de obra» con el de «trata de trabajadores». Según la definición del artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, por trata de personas debe entenderse «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción

lo menos, la puesta en peligro de los derechos de los trabajadores, pues de lo contrario se difuminan completamente los límites entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal propiamente dicho» (*op. cit.* n. 18, p. 334). CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC concretan que el perjuicio lo sea «para las expectativas de empleo de los demás trabajadores» (*op. cit.* n. 45, p. 611).

(69) *Op. cit.*, n. 4, p. 86.

de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación». Desde esta perspectiva trafficaría con mano de obra aquél que captara, trasladara o contratara a personas; lo hiciera de un modo coactivo, engañoso o abusivo; y lo hiciera con la finalidad de que trabajen y de que su actividad laboral se desempeñe de un modo claramente desventajoso para el trabajador y correlativamente beneficioso para quien así lo emplea.

22. A la hora de aplicar esta reflexión a la interpretación del artículo 312.1 convendrá reducir las conductas típicas de tráfico a las que comporten transporte, traslado o desplazamiento. Por imperativo del mandato de determinación, porque son dichas conductas las que tienden a identificarse con el tráfico, y porque las conductas de contratación forzada, fraudulenta o abusiva aparecen ya recogidas en otros tipos penales. Y convendrá también no reducir el tipo ni con la aquí irrelevante exigencia de ilegalidad de la migración, ni con la exigencia de la finalidad de explotación, finalidad tan habitual y congruente con la actividad delictiva como difícil de probar en un procedimiento penal.

a) Habrá pues «tráfico», en primer lugar, cuando se obligue a la persona a desplazarse para trabajar, comportamiento en el que podrán confluir también las calificaciones de coacción y de atentado contra la integridad moral, que al ser menos específicas y menos graves quedarán desplazadas por la que ahora analizamos. Podrá concurrir también una detención ilegal, en concurso de delitos si desborda lo imprescindible para los fines de explotación laboral.

b) Supuesto típico sería también, en segundo lugar, el del traslado de trabajadores que se sirve de su voluntad viciada por el error. Se trata de ofertas de trabajo en las que se ocultan las condiciones reales esenciales del mismo y que provocan el traslado físico de la persona a la que se dirige el engaño. Su injusto es así similar al delito de oferta engañosa o falsa de trabajo (art. 312.2). Este delito es en el Código el siguiente al que comentamos y tiene la misma pena, cosa que sólo se justifica si se sustituye el traslado propio del tráfico con la pérdida de un puesto de trabajo previo. Como ya se indicó, la mera oferta engañosa que no provoca ni el desplazamiento del trabajador ni la pérdida de su empleo no merece reproche penal.

c) Un tercer tipo de casos de tráfico de mano de obra sería aquél en el que se aprovecha la imperiosa situación de necesidad de trabajo de una persona para provocar su desplazamiento. Como forma de tráfico abusivo, este tipo emparenta con las conductas de contratación abusiva del artículo 311 (imposición de condiciones irregulares) y del último inciso del 312.2 (empleo de extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones irregulares).

C) El delito contra el ejercicio del derecho de huelga (art. 315)

23. De nuevo aquí el legislador utiliza el calibre grueso para la descripción y, en lugar de describir los más graves de entre los bien conocidos y acuñados comportamientos típicos lesivos del derecho de huelga, prefiere designar como inicialmente delictiva cualquier conducta que impida o limite el ejercicio del derecho de huelga (70). Tan vasto área de comportamientos se pretende restringir con la exigencia de que sean abusivos o fraudulentos, cosa bastante infrecuente e innecesaria en este tipo de ilícitos (71).

El derecho de huelga se daña impidiendo su ejercicio o anudando al mismo consecuencias negativas para quienes lo ejerciten «que vayan más allá de las derivadas del propio significado de la huelga como suspensión de la relación de trabajo y mientras se produce» (ATC 189/1993). Forma parte real de aquel impedimento «la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en casos justificados por el ordenamiento» (art. 96 E.T.) (72). Constituirán aquel tipo de consecuencias la negativa al propio empleo, la discriminación de las condiciones de trabajo, el despido, la finalización del contrato de trabajo y la sanción.

Es asimismo un grave atentado contra el derecho de huelga el cierre patronal que se adopta para «impedir la efectividad de una huelga futura, para sancionar una huelga ya pasada, o para abortar o romper la que se encuentra en ejecución» (STS -6.ª- de 10 de marzo de 1982). Si bien no es contrario a la Constitución el cierre patronal «como poder de policía

(70) En el tránsito de códigos ha desaparecido la mención a que el ejercicio de la libertad sindical o del derecho de huelga han de ser legítimos, dado que esta mención era innecesaria: fuera del área de licitud no hay ejercicio del derecho. PÉREZ MANZANO interpreta que la desaparición se debe al principio general de las coacciones de que no se puede compeler violentamente a hacer algo, aunque sea injusto, de modo que caería dentro del tipo la coacción dirigida al impedimento de un ejercicio extralimitado del derecho de huelga (*op. cit.*, n. 15, p. 41). Esta original interpretación sólo sería válida para el tipo más grave del apartado segundo, de coacción violenta al trabajo frente a una huelga. En cualquier caso no parece justificado que frente a una huelga ilegal deba regir el tipo del artículo 315.2 y no el tipo genérico de coacciones, de penalidad mucho más leve.

(71) TERRADILLOS BASOCO pone el siguiente ejemplo: «el empleador que, mediante una comunicación general a los trabajadores, define engañosamente una huelga convocada conforme a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores como ilegal, y amenaza con sancionar a los participantes» («Delitos contra los derechos de los trabajadores: artículos 314, 315, 316 y 317 del Código Penal», en AA. VV., dir. Del Rosal Blasco, «Empresa y Derecho Penal», I, CGPJ, Madrid, 1998, p. 421).

(72) Este fue el caso de la SAP Lugo -1.ª- 110/2001, de 21 de mayo.

para asegurar la integridad de las personas y de bienes, siempre que exista una decidida voluntad de apertura del establecimiento una vez desaparecido el riesgo», sí que resulta inconstitucional «todo tipo de cierre que vacíe de contenido o impida el derecho de huelga» (STC 11/1981). Desde esta perspectiva debe leerse el artículo 12.1 del Decreto-ley sobre Relaciones de Trabajo, que establece que «(l)os empresarios sólo podrán proceder al cierre del centro de trabajo en caso de huelga o cualquier otra modalidad de irregularidad colectiva en el régimen de trabajo, cuando concorra alguna de las circunstancias que siguen: a) Existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas. b) Ocupación ilegal del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca. c) Que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción». Esta gravedad «debe traducirse en perjuicios reales adicionales o suplementarios a los gravosos resultantes de la huelga» (73).

24. Un tipo concreto de lesión delictiva del derecho de huelga, que tenga fuerza preventiva a partir de su descripción y que sea razonable en cuanto a la necesidad y a la proporción de la intervención penal pasa por la inclusión únicamente de la coacción a no emprender o a abandonar la huelga, de la sustitución de trabajadores en huelga y del cierre de la empresa en anticipación a una huelga o para abortar los efectos de la misma.

IV. CONCLUSIONES

25. El trabajo que he presentado en estas líneas es un trabajo fundamentalmente de política criminal. A partir de la regulación penal vigente su empeño fundamental no es analizar éste, sino contribuir a determinar en qué supuestos y de qué modo deben protegerse penalmente los derechos de los trabajadores. Instrumento principal para este análisis lo constituyen los elementales principios de legalidad y de proporcionalidad, en el entendido de que el postulado de necesidad o de *ultima ratio* forma parte de éste. Desde esta perspectiva se ha subrayado en el primer epígrafe cómo una protección penal excesiva o imprecisa no sólo es ineficaz, sino que es contraproducente para la defensa de los derechos de los trabajadores.

(73) ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2003 (21.^a), p. 1071.

26. Parte de los delitos del título XV del Código Penal son excesivos y deberían por ello desaparecer.

A) Esto debe predicarse en primer lugar del delito de discriminación (art. 314), que no queda salvado en su legitimidad por su peculiar técnica de punición de la persistencia en la desigualdad, que lo convierte bien en un delito de desobediencia de gravedad insuficiente, bien en un delito de reincidencia de una infracción administrativa. La discriminación laboral sólo parece necesitar de la prevención penal en los supuestos en los que conduzca a la imposición de condiciones irregulares. En tal sentido propongo integrar la discriminación en el artículo 311, junto al engaño y al abuso de situación de necesidad, y someterla a sus mismos límites materiales y formales.

B) Debería derogarse también el tipo de coacción a la huelga del artículo 315.3. Carece de sentido que una coacción que constituye una extralimitación en el ejercicio de un derecho fundamental se configure como un delito más grave que el de las coacciones dirigidas a impedir tal ejercicio.

C) El impreciso tipo de impedimento o limitación de la libertad sindical mediante engaño o abuso de necesidad (art. 315.1) debería reconvertirse en un delito de discriminación grave por razones sindicales.

D) La promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores (art. 313) no tiene ningún sentido ni proporción punitiva como delito contra los derechos de los trabajadores. Por lo demás, su punición como «delito contra los ciudadanos extranjeros» debería reducirse a los supuestos de tráfico en sentido estricto: a los supuestos en los que se obliga al inmigrante al traslado, o se le engaña en relación con él, o se ponga en peligro su vida sin su conocimiento, o se contribuya a una autopuesta en peligro sólo explicable por una grave situación de necesidad.

E) Constituye también un exceso punitivo el del artículo 312.2 cuando sanciona la mera recluta de personas con ofertas de trabajo que son falsas en cuanto tales o en cuanto a las condiciones que se prometen. El tipo sólo justificaría su pena desde la perspectiva del que le acompaña en el mismo apartado: si supone un engaño que provoca en el engañado la pérdida de su puesto de trabajo.

27. Algunos de los tipos del título XV son excesivamente indeterminados, en desmedro de su eficacia y su legitimación.

A) Esto es lo que sucede con el artículo 311, que afronta la difícil tarea de tipificar los supuestos más graves de imposición de condiciones de trabajo irregulares. Si respecto al desvalor de acción no

parece soslayable la alusión a los modos fraudulentos o abusivos, sí cabe exigir al tipo un mayor esfuerzo respecto al desvalor de resultado: respecto a las condiciones cuya supresión o restricción se va a considerar delictiva. En esta línea, debería de optarse por una de estas dos vías: determinar las condiciones más relevantes o seleccionarlas en función de la fuente de regulación, restringiéndolas a las de origen legal. En todo caso debe eliminarse como delictiva la imposición de condiciones que sólo supongan un incumplimiento contractual.

B) Debería precisarse también qué se entiende por «tráfico de mano de obra» (art. 312.1). Desde la interpretación más extendida de que este tráfico se refiere a la contratación ilegal, sólo deberían pensarse las conductas de los mediadores en él que actúen ilegalmente en el mercado de trabajo con ánimo de lucro en perjuicio de los intereses de los trabajadores contratados. Si se quiere mantener la severa pena de dos a cinco años de prisión habría que dar un paso más y exigir que se trate de supuestos de «tráfico» en sentido estricto: que se provoque el desplazamiento de una persona para trabajar a través de la coacción, o del engaño respecto a las condiciones esenciales del trabajo, o del abuso de su situación de necesidad.

C) ¿Por qué no precisar, en fin, las conductas más graves que limitan o impiden el ejercicio del derecho de huelga (art. 315.1) y que son bien conocidas en el Derecho del Trabajo? Tales conductas son la coacción a no emprender o a abandonar la huelga, la sustitución de trabajadores en huelga y el cierre de la empresa en anticipación a una huelga o para abortar los efectos de la misma.

Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado (*)

CARMEN JUANATEY DORADO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. Introducción.–II. La posición de garante del productor o fabricante. 1. La «injerencia» como fuente de posición de garante y el alcance de este criterio. 2. Los llamados «deberes de aseguramiento del riesgo» 3. El dominio de la cosa. 4. El comportamiento de riesgo intensificado.–III. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

La problemática de la responsabilidad penal por el producto ha sido objeto de una intensa atención por parte de la doctrina en los últimos años. En este trabajo me voy a centrar en el análisis de un aspecto concreto de ese problema general: la posible responsabilidad penal del fabricante o productor (1) que una vez que han introducido el pro-

(*) Este trabajo se inscribe en el marco del desarrollo del Proyecto I+D del Ministerio de Ciencia y Tecnología titulado «*Responsabilidad penal por la producción y comercialización de productos defectuosos. Especial referencia a los delitos contra la salud pública: fraudes alimentarios nocivos*» (Ref.: BJU2001-2873), en el que interviene un grupo de profesores españoles e italianos de Derecho penal y Derecho administrativo bajo la dirección del Dr. D. Javier Boix Reig, Catedrático de Derecho penal de la *Universitat de Valencia*.

(1) Al referirme al «productor o fabricante» pretendo aludir a aquellas personas individuales a las que en el ámbito de la empresa les correspondería el deber de con-

ducto correctamente en el mercado, esto es, conforme a deber (ha pasado los controles previos establecidos y cumple los requisitos legales), con posterioridad, llega a su conocimiento que está provocando daños en la salud (o existe una fuerte sospecha de ello), y decide no hacer nada, ni lo retira del mercado, ni informa al consumidor de la situación.

La cuestión central en estos supuestos radica en la determinación de si cabe o no exigir responsabilidad penal a los productores o fabricantes que introdujeron el producto correctamente en el mercado o si solo cabría exigir, en su caso, responsabilidad civil. Y, en el supuesto de aceptar la existencia de responsabilidad penal, el problema sería concretar si tales conductas serían constitutivas de un delito de omisión pura (que en nuestro Derecho se podría castigar con arreglo a lo dispuesto en el art. 195.3 CP) o de un delito de omisión impropia o comisión por omisión (en cuyo caso, le serían imputables los daños a la vida o a la salud derivados del uso del producto defectuoso).

Esta problemática específica se planteó, por citar algunos ejemplos paradigmáticos, en los casos «Lederspray» (spray para el cuero) y «Degussa S. A.» (un controvertido material usado para empastes dentales), en Alemania. Estos casos llegaron a conocimiento de los tribunales dando lugar a sendas resoluciones judiciales que, a su vez, provocaron un interesante debate doctrinal, sobre todo el primero de ellos, en los que se puso de manifiesto la complejidad del problema y las diferentes posiciones que se apuntan en la doctrina y en la jurisprudencia para la resolución de estos casos (2).

trolar y vigilar que los productos que la compañía pone en el mercado reúnen las características adecuadas, de acuerdo con la normativa correspondiente, y que dichos productos no generen riesgos no permitidos para la salud o la vida de los consumidores. En la práctica, el problema que puede plantearse en estos casos es que no se pueda individualizar la responsabilidad o resulte imposible probar la culpabilidad, debido a las peculiares características de la actuación y la toma de decisiones en el ámbito de la empresa. En este sentido, puede verse el RD 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, en el que se establece un concepto de «productor» y de «distribuidor». Sobre los problemas de autoría en el ámbito de la responsabilidad por el producto, puede verse OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. «Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de “la responsabilidad por el producto”», *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón* (Octavio de Toledo y Ubieta, Gurdíel Sierra y Cortés Bechiarelli, coords.), Valencia, 2004, pp. 825-857.

(2) Una extensa y detallada referencia a las diferentes posiciones de la doctrina penal alemana en relación con la omisión impropia, en general, y con el caso «Lederspray», en particular, puede verse en GIMBERNAT ORDEIG, E.: «La omisión impropia en la dogmática penal alemana», en *ADPCP*, vol. I, 1997, pp. 5-112. Sobre el caso «Degussa S. A.» puede verse, KUHLEN, L.: «Necesidad y límites de la responsabili-

Podría decirse que la dificultad a la hora de aportar una solución satisfactoria a estos supuestos procede del hecho de que estamos ante supuestos omisivos y, como ha señalado Gimbernat, «si por algo se caracteriza la moderna dogmática de los delitos de omisión es porque, por una parte, no hay acuerdo ni sobre el contenido ni sobre la extensión de cada una de las fuentes de las posiciones de garante, y porque, por otra parte y a su vez, los distintos criterios tienen contornos difusos y entremezclados, sin que sea siempre fácil distinguir dónde comienza uno y dónde termina otro» (3).

Pues bien, sin perder de vista esta complejidad de partida, a continuación trataré de analizar los diferentes argumentos que, en mi opinión, permitirían defender la responsabilidad en comisión por omisión del productor o fabricante en los casos que estamos tratando, sin perjuicio de las singularidades que pueda presentar cada caso específico. Desde mi punto de vista, uno de los problemas más complejos con los que uno se enfrenta a la hora de imputar responsabilidad penal por la realización de hechos omisivos es la enorme dificultad de dar soluciones abstractas que acojan todas y cada una de las peculiaridades que pueden presentar los supuestos prácticos concretos (4). Se trata, en realidad, de un problema general del Derecho penal, pero que se manifiesta de manera muy especial en el ámbito de la omisión. Por eso mi pretensión aquí es meramente la de tratar de aportar una serie

dad penal por el producto» (trad. María Martín Lorenzo e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno), en *ADPCP*, T. LV, enero-diciembre, 2002, pp. 77 ss. Otro relevante caso en relación con esta problemática de la omisión es el caso «Tobin v. Smithkline Beecham», si bien aquí la discusión en torno a la posible responsabilidad se circunscribe al ámbito civil. Un interesante comentario sobre este caso puede verse en BARRIOS FLORES, L. F.: «Responsabilidad por suicidio como consecuencia del tratamiento antidepressivo (el caso Tobin v. Smithkline Beecham)», en *La ley*, año XXII, núm. 5434, 2001, pp. 1-9.

(3) GIMBERNAT ORDEIG, E.: «La omisión impropia...», ob. cit. p. 42.

(4) Un claro ejemplo de ello son las múltiples soluciones doctrinales y jurisprudenciales que, en relación con el alcance de la responsabilidad penal por injerencia, pueden encontrarse y que dependen del tipo de supuesto concreto a analizar. Así, por ejemplo, en el caso de las acciones precedentes típicas pero justificadas, algunos autores llegan a distinguir entre las diferentes causas de justificación y afirmar que en el estado de necesidad justificante el hacer precedente típico sí fundamentaría una posición de garante, mientras que no ocurriría así en el caso de la legítima defensa; pero, a un mismo tiempo, admiten excepciones a esto último en atención a circunstancias concretas que puedan concurrir; por ejemplo, aceptan la comisión por omisión cuando la legítima defensa dé lugar a una lesión *permanente* de un bien jurídico y el autor omite el socorro. Sobre esto puede verse, *ibid.*, pp. 21-26. Véase también, ROXIN, C.: «Injerencia e imputación objetiva», en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Homenaje a Claus Roxin*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001, pp. 144-145 y 150-155.

de razones que permitirían, en principio, fundamentar una omisión impropia, sin perjuicio de que puedan presentarse hechos específicos para los que la solución más adecuada pudiera, en su caso, ser otra. Quisiera advertir, no obstante, que no se trata de un análisis exhaustivo, sino de una primera aproximación al problema del que pretendo ocuparme con más profundidad en un futuro, espero que próximo. No entraré, pues, en cuestiones dogmáticas tales como la causalidad, la autoría, o el límite temporal de la responsabilidad, que exceden con mucho los límites de este trabajo (5).

II. LA POSICIÓN DE GARANTE DEL PRODUCTOR O FABRICANTE

En este apartado me ocuparé de los diferentes argumentos a favor de aceptar la posición de garante del productor o fabricante y la posible imputación a los mismos de los resultados lesivos en comisión por omisión, siempre que se dé la equivalencia según el sentido de la ley que requiere la legislación española (art. 11 CP). Para ello, me serviré de las diferentes posiciones doctrinales que se han ido desarrollando con ocasión de algunos de esos famosos casos que cité anteriormente.

1. La «injerencia» como fuente de posición de garante y el alcance de este criterio

El primer problema con el que uno ha de enfrentarse en estos supuestos es el de la injerencia como fuente de posición de garante y el del alcance de este criterio (6).

En el Derecho español, el artículo 11 CP prevé expresamente: *«Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga según el sentido del texto de la Ley a su causación. A tal efecto, se equipara la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica*

(5) Sobre la causalidad en el ámbito de la responsabilidad por el producto, HILGENDORF, E.: «Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad por el producto» (trad. María Martín Lorenzo e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno), en *ADPCP*, t. LV, enero-diciembre, 2002, pp. 91-108.

(6) Sobre el particular, ROXIN, C.: «Injerencia...», ob. cit., pp. 140-155.

obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente». Esto es, nuestra legislación ha acogido de forma expresa la idea de la injerencia como fundamentadora de la responsabilidad penal en comisión por omisión, a pesar de los reparos que la mayoría de nuestra doctrina venía oponiendo a su introducción.

En principio, podría entenderse que, de acuerdo con lo dispuesto en este precepto, el que mediante un hacer precedente crea un peligro de lesión para un bien jurídico estará obligado a tratar de evitar que ese riesgo se transforme en lesión; de tal manera que, si el sujeto omite evitar la lesión típica en la que desemboca el curso causal puesto en marcha por su actuar precedente, responderá de esa lesión como si la hubiese causado mediante un hacer positivo (7). Sin embargo, la doctrina mayoritaria entiende que esta fórmula legal –expresada de forma tan amplia– debe ser interpretada restrictivamente a fin de mantenerla dentro de ciertos límites razonables y evitar que pueda convertirse en fundamento de responsabilidad criminal en comisión por omisión de todos los posibles resultados conectados causalmente con ese actuar precedente.

Así, en la doctrina penal se han ido formulando interpretaciones restrictivas a fin de eludir la excesiva amplitud de la idea de la injerencia. Pero no existe en esta cuestión unidad de criterio, sino que las opiniones son muchas y muy variadas, en función de los diversos casos que pueden plantearse (8).

No obstante, un criterio que se ha ido imponiendo en la doctrina alemana y que ha sido acogido también en la española es que la acción

(7) En este sentido, entre otras, la STS de 6 de abril de 1992, RJ 1992/2761

(8) Sobre las opiniones más recientes de la doctrina española en relación con la injerencia puede verse, entre otros, HUERTA TOCILDO, S.: *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997, pp. 39 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Comentario al artículo 11», en AAVV: *Comentarios al Código penal* (dir. M. Cobo del Rosal), t. I, artículos 1-18, Madrid, 1999, pp. 409-439; del mismo, «El delito de omisión impropia», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 1999, pp. 525-553; CUADRADO RUÍZ, M. A.: «La comisión por omisión como problema dogmático», en *ADPCP*, VI, 1997, pp. 387-456; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «Comentario al artículo 11», en AAVV: *Comentarios al Código penal* (dir. M. Cobo del Rosal), t. I, artículos 1-18, Madrid, 1999, pp. 441-488; VIVES ANTÓN, T. S.: «Comentario al artículo 11», en AAVV: *Comentarios al Código penal* (dir. M. Cobo del Rosal), t. I, artículos 1-18, Madrid, 1999, pp. 489 ss.; GRACIA MARTÍN, L.: «Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)», en AAVV: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2002, pp. 411-482.

previa creadora del riesgo para poder fundamentar una responsabilidad por injerencia tiene que ser contraria a deber (para algunos, el resultado desaprobado debe ser por lo menos objetivamente previsible para los destinatarios de la norma y evitable mediante un comportamiento conforme a la norma; de lo contrario no se puede hablar de infracción del deber). Esto es, sólo cuando ese actuar precedente sea contrario a Derecho sería admisible la injerencia (9). De acuerdo con esta opinión, en el caso que estamos analizando no sería posible hablar de esta fuente de posición de garante en el sentido expresado en el artículo 11 *b*) CP, dado que el productor o fabricante han introducido el producto correctamente en el mercado. En consecuencia, no cabría imputar los resultados lesivos en comisión por omisión.

(9) En este sentido, la STS de 27 de enero de 1995, RJ 1995/261. Sobre las diferentes opiniones de la doctrina alemana en relación con este criterio, puede verse GIMBERNAT ORDEIG, E.: «La omisión impropia...», ob. cit., pp 19-28 y 54-60. En la doctrina española, algunos autores, debido al juego de los artículos 195.3 y 11 *b*) CP, limitan el ámbito de la injerencia al actuar precedente doloso, con lo que prácticamente niegan papel alguno al pensamiento de la injerencia en nuestro Ordenamiento; en este sentido, VIVES ANTÓN, T.: *Comentarios...*, ob. cit., p. 530; CARBONELL MATEU, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Comentario al artículo 195», en AAVV: *Comentarios al Código penal de 1995* (coord. Vives Antón), vol. I, Valencia, 1996, pp. 983-986. Otro sector doctrinal admite la posibilidad de que pueda surgir responsabilidad en comisión por omisión también en caso de actuar precedente imprudente; en este sentido, HUERTA TOCILDO, S.: *Principales...*, ob. cit., pp. 40-46; MIR PUIG, S.: *Derecho penal, parte general*, 5.ª ed., Barcelona, 1998, pp. 312-315; MORALES PRATS quien afirma que la «equivalencia material entre el omitir y el actuar en nada se ve afectada por el dato de que el peligro previamente generado se creara dolosa o imprudentemente. Más bien depende del nivel de competencia del sujeto en la gestión de ese peligro generado», en «Comentario al artículo 11», en AAVV: *Comentarios al nuevo Código penal* [Quintero Olivares (dir.) y Morales Prats (coord.)], Navarra, 2004, p. 98; GARCÍA ALBERO, R.: «Comentario al artículo 11», en AAVV: *Comentarios al nuevo Código penal* [Quintero Olivares (dir.) y Morales Prats (coord.)], Navarra, 2004, pp. 1017-1019, aunque, en realidad, este autor parecería aceptar también la comisión por omisión en los casos de accidente fortuito. De hecho, él acepta que el artículo 195.3 no perjudica propiamente la capacidad generadora de «posiciones de garantía» de la injerencia, explícitamente recogida en el artículo 11 del nuevo Código penal. «Más bien –indica–, la previsión de una omisión de socorro cualificada muestra que el legislador ha considerado que *normalmente* dichas omisiones no pueden ser equiparadas materialmente a la comisión activa –principio de equivalencia material–». En su opinión, la específica agravación del artículo 195.3 no agota todo el universo de la eventual responsabilidad en comisión por omisión del actuar precedente. Así –añade–, «en aquellos casos en que el sujeto gestiona directamente con total competencia un curso causal por él creado, la omisión puede ser equiparada materialmente a la acción». No obstante, el autor sólo pone ejemplos de actuar precedente imprudente y ninguno de actuar precedente fortuito, por lo que no queda claro si aceptaría la posibilidad de comisión por omisión en casos de actuar precedente fortuito.

Desde mi punto de vista, sin embargo, ese criterio debería ser matizado: ni todo actuar precedente peligroso contrario a deber, por sí solo, permitiría fundamentar una posición de garante, ni el hecho de que la creación previa del riesgo sea conforme a deber puede, sin atender a más consideraciones, cerrar la posibilidad de imputar los posibles resultados que del mismo se deriven a título de comisión por omisión (10). La creación previa del riesgo para el bien jurídico constituye un elemento claramente *relevante*, si bien *no determinante* (11).

En mi opinión, en el Derecho español, quien con su actuar precedente fortuito –conforme a deber– crea un peligro para un bien jurídico y omite evitar que ese riesgo se transforme en lesión, responderá, en principio, por un delito de omisión del deber de socorro del

(10) Admite el actuar precedente no antijurídico como fuente de posición de garante, comprensiva, además, no solo de deberes de control de riesgos, sino también de deberes de salvamento, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Madrid, 1997, pp. 406-408; del mismo, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia* (Dir. Conde-Pumpido Ferreiro), t. I, Madrid, 2000, pp. 104-105. Tampoco LASCURAÍN SÁNCHEZ limita el ámbito de la injerencia al actuar precedente antijurídico; para este autor «podemos ser garantes por nuestra injerencia en los ámbitos ajenos siempre que dicha injerencia suponga un ejercicio normal de la libertad del sujeto». Pero, en su opinión, las posiciones de cuidado y de garantía que se derivan de nuestra condición de seres autónomos en una sociedad de seres igualmente autónomos no comportan deberes absolutos de cuidado y de control, con independencia de la voluntad del sujeto respecto a los mismos y con independencia también de su conciencia al respecto; por eso, estos deberes de control del propio comportamiento y de sus consecuencias no surgirán en los supuestos de ausencia de acción penal, en los de inexigibilidad ni cuando el sujeto no es consciente del carácter peligroso de su comportamiento, pues tales deberes sólo surgen en la medida en que tales conductas sean fruto del normal ejercicio de la autonomía personal. «Lo que sucederá normalmente –afirma el autor– es que, a partir de un contexto de incertidumbre de las consecuencias de los propios comportamientos y a partir de las ventajas de las conductas o de los procesos arriesgados, lo que el ordenamiento va a pedir es que se maneje cuidadosamente el propio comportamiento y que eventualmente se emprendan nuevos comportamientos que contrarresten la peligrosidad de los iniciales»; la medida de los deberes de control tendrá que ver, pues, con la utilidad social del riesgo, esto es, «con el valor del propio comportamiento en términos de autonomía personal y colectiva», en *Los delitos...*, ob. cit., pp. 92-97.

(11) En este sentido, BACIGALUPO ZAPATER afirma que «es claro que en la ley vigente los deberes de auxilio y de salvamento no están condicionados por la antijuridicidad del comportamiento anterior. Pero, dicho esto se debe advertir que no toda acción previa dentro de los límites del riesgo permitido genera, sin más, una posición de garante en el sentido del artículo 11 CP. Sólo en aquellos casos en los que se trate de un riesgo especialmente elevado, superior a los riesgos permitidos cotidianos y respecto de los que el afectado por el peligro, haya, en su caso, tomado las medidas de seguridad necesarias que le incumban en relación a su autoprotección, se podrá admitir una posición de garante, en *Principios...*, ob. cit., p. 407.

artículo 195.3, párrafo primero, salvo que concurren otros elementos que permitan afirmar que el actuar precedente da lugar a un deber de evitar el resultado típico, cuyo incumplimiento es «equivalente», según el sentido de la ley, a la producción del mismo por medio de un comportamiento activo; esto es, que se den determinadas condiciones que permitan fundamentar una omisión impropia y, en consecuencia, la imputación de los resultados lesivos como si se hubiesen causado activamente. Esto significa que *prima facie* la idea de la injerencia, sin más, no permitiría fundamentar una omisión impropia, sino que es necesario algo más. Esta ha sido, en términos generales, la tesis de la jurisprudencia española que podríamos calificar de dominante en el ámbito del tráfico rodado.

Del mismo modo que el legislador ha querido dar un tratamiento específico a algunas omisiones de garante, excluyéndolas de la aplicación general del artículo 11 [por ejemplo, a los padres que no impiden que su hijo menor de edad se prostituya se les castiga por un delito de omisión propia del art. 189.5 y no se les imputa un favorecimiento de la prostitución en comisión por omisión art. 11 a)], también cabe entender que el artículo 195.3 pretende dar un tratamiento específico a otras omisiones puras de garante (12); así, en principio, quien con su actuar precedente fortuito o imprudente ha generado un riesgo para un bien jurídico y posteriormente no evita que ese riesgo se transforme en lesión, responderá por una omisión propia del artículo 195.3 y no por un delito de omisión impropia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 b) CP. Tales conductas quedarían, pues, fuera del ámbito del artículo 11 b) CP, salvo que se den otros elementos que permitan establecer una equivalencia según el sentido de la ley, entre ese comportamiento omisivo y la causación activa del resultado lesivo producido (13).

(12) Sobre el concepto de «omisión pura de garante», SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 343 ss.

(13) En la doctrina española, HUERTA TOCILDO admite la omisión impropia cuando el causante de un atropello imprudente huye sin prestar auxilio a la víctima y se produce un resultado mayor, más gravemente penado según las reglas de la comisión por omisión; pero excluye de esta última los supuestos de atropello fortuito, en *Principales novedades...*, ob. cit., pp. 42-43. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ afirma que el único «actuar precedente que puede dar lugar a responsabilidad en virtud del artículo 11 es el actuar precedente que implique un acto de organización voluntario (o intencional)», incluyendo dentro de esta expresión no sólo supuestos de actuar precedente doloso, sino también «aquellos supuestos de actuar precedente que –sin dolo respecto al resultado en tal fase de actuación– suponen, ciertamente, una asunción voluntaria del control de riesgos determinados que puedan amenazar a un bien jurídico determinado». De manera que «los supuestos relevantes de injerencia son –en

En contra de autores como Schünemann, parece posible defender que el productor o fabricante que han puesto el producto en el mercado ocupan una posición «ontológicamente» distinta a la de un tercero, y de esa diferente posición ontológica se deriva una posición «deontológicamente» diversa. En nuestro ordenamiento, el artículo 195.3 CP vendría a corroborar esto: la conducta de omisión del deber de socorro se castiga más gravemente si quien omite el socorro ha generado previamente, fortuita o imprudentemente, el riesgo para el bien jurídico.

De acuerdo con Schünemann, una vez que ha tenido lugar el actuar precedente, «el injerente se encuentra frente al ulterior acontecimiento, ontológicamente, igual que cualquier otra persona, por lo que las sucesivas etapas del proceso causal se le pueden imputar a su esfera de dominio sólo sobre la base del acto desencadenante. Cuando el injerente se convierte repentinamente en doloso, ello es un dolo sin dominio y, por consiguiente, una mala voluntad sin hecho. Un dominio requiere un sustrato material sobre el que actúa; y éste no lo puede constituir el mero proceso causal, si no se quiere incurrir en el error de equiparar el dominio (actual) con la posibilidad de evitación (potencial)» (14).

su opinión—reducibles a la asunción voluntaria o integración del riesgo en la propia esfera de organización... porque lo determinante no es el actuar precedente tal como lo concibe la doctrina dominante, sino si éste supone una asunción voluntaria del riesgo (una integración consciente de éste en la propia esfera de organización) o no». En definitiva, lo determinante es la asunción efectiva del compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados. La combinación de ese compromiso con su posterior incumplimiento hace surgir un *dominio del riesgo permitido* normativamente idéntico al que se obtiene por la vía de un movimiento corporal que pone en marcha un curso causal. Este sería, a su juicio, el baremo para valorar la exigencia de equivalencia según el sentido del texto de la ley que permite fundamentar una comisión por omisión en los casos de injerencia (creación previa del riesgo), en *Comentarios...*, ob. cit., pp. 463-464, 478-480. A juicio de GIMBERNAT ORDEIG, «Como es verdad que hay omisiones en las que la posición de garante derivada de Ley, contrato o injerencia fundamentan una omisión impropia, pero como, *al mismo tiempo*, existen otras que... a pesar de concurrir en ellas también los requisitos de los apartados *a)* y *b)* del artículo 11, es el mismo Código penal el que las ha tipificado como propias, de ahí que el juicio definitivo sobre si a una inactividad se le puede imputar o no un resultado típico tenga que pasar *siempre* por la «prueba de fuego» del párrafo primero del artículo 11 de si tal inactividad equivale, en el sentido de la Ley, a la causación del resultado, en *Comentarios...*, ob. cit., p. 418.

(14) SCHÜNEMANN, B.: *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 316; la cita la tomo de GIMBERNAT ORDEIG, E.: «La omisión impropia...», ob. cit., p. 27.

Pues bien, como dice Schünemann, efectivamente, podría afirmarse que el injerente y el tercero estarían en una misma posición, pero a costa de hacer un análisis parcial de la realidad, prescindiendo del hecho, sin duda, fundamental de que el injerente ha generado el riesgo –aunque lo haya hecho sin dolo ni imprudencia–. Un análisis completo de la realidad relevante a efectos de determinar la responsabilidad criminal del injerente obliga a valorar esa realidad desde el momento del actuar precedente –no a partir de que éste ha tenido lugar– y, en consecuencia, la posición del injerente ya no sería ontológicamente la misma que la de un tercero: el primero ha generado el riesgo para el bien jurídico y el segundo no, y de esa posición ontológicamente distinta se deriva una posición deontológicamente diversa. Otra cuestión será determinar y valorar en cada caso qué tipo de deberes corresponden a uno y a otro en función de esa diferente posición, y cuál será su responsabilidad en atención a su culpabilidad por el hecho.

Así pues, éste sería el primer paso a favor de la posibilidad de aceptar la posición de garante del productor o fabricante: la creación previa del riesgo sitúa, en principio, a quien lo crea en una posición de deber distinta a la de cualquier otro tercero y obliga a seguir indagando si concurren otros elementos que permitan imputarle los resultados lesivos en que desemboca el curso causal puesto en marcha por su actuar precedente peligroso.

2. Los llamados «deberes de aseguramiento del riesgo»

Partimos, pues, de que el productor o fabricante que ponen un producto en el mercado tienen unos deberes que no tiene un tercero cualquiera y que estos deberes le corresponden precisamente por el hecho de haberlo puesto en el mercado.

Así, el artículo 51 CE establece: «1. *Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.* 2. *Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.*».

En relación con lo dispuesto en este precepto, la doctrina está dividida entre, por un lado, quienes afirman que el artículo 51.1 no consagra un derecho constitucional del consumidor; y, por otro lado, aquellos otros que consideran que el precepto constitucional acoge un

derecho instrumental para la defensa de otros derechos –como la salud, la vida y los intereses económicos– e, incluso, aquellos otros que lo ubican como una especie del género del derecho a la información. Pero, al margen de esta polémica doctrinal, parece claro que en este precepto se consagra el derecho subjetivo del consumidor a ser informado y el correlativo deber del productor o fabricante de suministrar una correcta información a fin de dar protección a los intereses de los consumidores y usuarios (15).

Asimismo, la Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la defensa de los consumidores y usuarios* consagra, en su artículo 2.1, el derecho subjetivo del consumidor a ser informado por los agentes económicos de producción y distribución. Este precepto reconoce entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios, el derecho a «*la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad*», y el derecho a «*la información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute*». En concreto, dentro del Capítulo II, referido a la «*Protección de la salud y seguridad*», el artículo 5 establece: «*1. Para la protección de la salud y seguridad física de los consumidores y usuarios se regulará la importación, producción, transformación, almacenamiento, transporte, distribución y uso de los bienes y servicios, así como su control, vigilancia e inspección, en especial para los bienes de primera necesidad*». Y, en todo caso, entre las obligaciones dirigidas a garantizar la salud y seguridad de las personas se impone, en este mismo precepto, «*la obligación de retirar o suspender, mediante procedimientos eficaces, cualquier producto o servicio que no se ajuste a las condiciones y requisitos exigidos o que, por cualquier otra causa, suponga un riesgo previsible para la salud o seguridad de las personas*».

A su vez, y en desarrollo de lo anterior, el artículo 13 de esta misma Ley dispone, en su número 1, que los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente no sólo sobre sus características esenciales, sino también sobre otras características tales como: origen, naturaleza, composición y finalidad; aditivos que lleve incorporados, precio, etc. En adición a esto, la Ley, a fin de garantizar el derecho de los consumidores y usuarios a una información cierta, eficaz, veraz y objetiva, se remite a la vía reglamentaria

(15) Véase sobre el tema, con referencias a la doctrina administrativista, BARRIOS FLORES, L. F.: «Responsabilidad...», ob. cit., p.3

para la determinación de las exigencias concretas aplicables en cada caso. De hecho, en la práctica, todos los sectores relevantes se encuentran intensamente regulados (el caso más claro es el de los medicamentos) (16).

Cabría hacer referencia aquí también a la Directiva 85/374 CEE, de 25 de julio y la Ley 22/94, de 6 de julio, sobre «*Responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos*». En esta última ley se reconocen como productos de alta calidad los alimentos y los medicamentos, y se les dota de una mayor protección. Así, cuando se trate de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, el fabricante o importador, o los sujetos responsables en su caso, no podrán invocar la causa general de exoneración de su responsabilidad civil de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto no permitía apreciar la existencia del defecto (art. 6.3).

Por último, existe una amplia regulación reglamentaria de todos los aspectos generales y específicos que concretan el contenido y la forma de hacer efectivo el deber de no producir ni comercializar productos que puedan perjudicar la salud y seguridad de los consumidores y usuarios. En este sentido, cabe destacar el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, «*Sobre seguridad general de los productos*», que desarrolla la Directiva 2001/95 CEE, de 3 de diciembre de 2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la seguridad general de los productos (que derogó la Directiva 92/59 CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992). El Real Decreto 1801/2003 se circunscribe al ámbito de la salud y la seguridad de los productos, dejando fuera de su ámbito lo que respecta a la protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios. A través de este Decreto se pretende regular el deber general de no perjudicar ni poner en riesgo la salud de los consumidores, tratando de establecer cuándo un producto es seguro y cuándo es peligroso e indicando los deberes específicos de los productores, así como los de los distribuidores. Entre estos deberes se incluyen expresamente el deber del productor o fabricante de mantenerse informado de los riesgos que puedan presen-

(16) La normativa básica en materia de medicamentos se encuentra en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento [arts. 10.1d), 19 y 51]; el Real Decreto 2235/1993, de 17 de diciembre, por el que se regula el etiquetado y prospecto de los medicamentos de uso humano, que desarrolla la Directiva 92/27 CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992; y el Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, que desarrolla la Directiva 92/28 CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992.

tar sus productos e informar de ello a los distribuidores; así como la obligación, en su caso, de adoptar las medidas «adecuadas» para evitar los riesgos, incluyendo la de informar a los usuarios, retirar los productos del mercado o recuperarlos de los consumidores (17).

Así pues, la protección de los derechos del consumidor o usuario conlleva la obligación del productor o fabricante de ofrecer una información eficaz y veraz, lo que implica la necesidad de actualizar esa información y, en consecuencia, de llevar a cabo un control y vigilancia sobre el producto mientras se encuentre en el mercado. Esto es, se autoriza a comercializar productos que pueden resultar peligrosos siempre y cuando se adopten ciertas cautelas previas y se asuma el compromiso de llevar a cabo los deberes de vigilancia «razonables» —en algunos casos minuciosamente regulados— y de informar, en su caso, de los riesgos sobrevenidos. Se podría afirmar que la aceptación de esas obligaciones significa que los productores y fabricantes han asumido de un modo efectivo el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados (18).

La existencia de esta obligación no implica la aceptación de un «deber de vigilancia universal y absoluto», pero sí un cierto deber de

(17) En concreto, el artículo 4 del RD 1801/2003 incluye entre los deberes de los productores: «1. *Los productores tienen el deber de poner en el mercado únicamente productos seguros.* 2. *Dentro de los límites de sus respectivas actividades, los productores deben informar a los consumidores o usuarios por medios apropiados de los riesgos que no sean inmediatamente perceptibles sin avisos adecuados y que sean susceptibles de provenir de una utilización normal o previsible de los productos, habida cuenta de su naturaleza, sus condiciones de duración y las personas a las que van destinados. La facilitación de esta información no eximirá del cumplimiento de los demás deberes establecidos en la presente disposición.* 3. *Dentro de los límites de sus respectivas actividades y en función de las características de los productos, los productores deberán:* a) *Mantenerse informados de los riesgos que dichos productos puedan presentar e informar convenientemente a los distribuidores. Con este fin, registrarán y estudiarán aquellas reclamaciones de las que pudiera deducirse la existencia de un riesgo y, en su caso, realizarán pruebas por muestreo de los productos comercializados o establecerán otros sistemas apropiados. Cuando la forma de cumplir este deber esté determinada en los reglamentos específicos, se estará a lo que estos prevean.* b) *Cuando descubran o tengan indicios suficientes de que han puesto en el mercado productos que presentan para el consumidor riesgos incompatibles con el deber general de seguridad, adoptar, sin necesidad de requerimiento de los órganos administrativos competentes, las medidas adecuadas para evitar los riesgos, incluyendo informar a los consumidores mediante, en su caso, la publicación de avisos especiales, retirar los productos del mercado o recuperarlos de los consumidores».*

(18) Tal vez cabría hablar en la terminología de Silva Sánchez de una posición de garante fundamentadora de una comisión por omisión, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «Comentario...», ob. cit., p. 472.

control mientras el producto se encuentre en el mercado. Estos deberes específicos vendrán determinados, normalmente, por las concretas disposiciones reglamentarias, a las que se remite el artículo 13.1 LGDCU; y las exigencias serán mucho más estrictas cuando se trate de productos de primera necesidad o considerados de alta calidad como ocurre con los alimentos o los medicamentos (en el caso de estos últimos, por ejemplo, se exige la existencia de un servicio científico encargado de vigilar el funcionamiento del medicamento mientras se encuentre en el mercado y de actualizar la información al consumidor). Por todo ello, parece obvio que en el momento en que el productor o fabricante tienen conocimiento de que su producto puede suponer un riesgo para la salud o la vida de los consumidores tienen la obligación de informar. De lo contrario, si no existiese ese deber mínimo de informar no se garantizarían los derechos del consumidor: la posición de éste sería de absoluta indefensión, dado que la información ha dejado de ser veraz y difícilmente cabría hablar de ejercicio de su libre autonomía en la compra y el uso del producto. Como indica Lascuráin, «Si la información necesaria reside fundamentalmente en el productor y raramente en el destinatario del producto, mal puede usar éste su propia autonomía para autoprotgerse» (19).

Sin embargo, no puedo estar de acuerdo con Lascuráin cuando rechaza la posición de garante del productor o fabricante por razones de utilidad. Él considera que la sociedad está muy interesada en que se produzcan cierto tipo de productos a pesar de su potencial peligrosidad. De manera que, «si sometemos esas actividades a severos y permanentes deberes de investigación y aviso estaremos desalentando seriamente –severa y permanentemente– una actividad dirigida precisamente a aumentar y enriquecer la libertad». En mi opinión, sin embargo, se trata de establecer un equilibrio entre los riesgos –aún desconocidos– que pueden derivarse de un producto y la utilidad del mismo. En el caso de los medicamentos, por ejemplo, las medidas de vigilancia podrían calificarse de exhaustivas y sin embargo ello no desalienta a los laboratorios. Ese deber de vigilancia no implica necesariamente y en todo caso –como apunta este autor– «una permanente

(19) A juicio de este autor, existen «razones de justicia y de utilidad en la distribución de los deberes para atribuir al productor de un producto peligroso un deber posterior a la introducción del mismo en el mercado, deber moderado en su contenido en cuanto a la obtención de información adicional acerca de la peligrosidad del producto, pero absoluto en cuanto a la comunicación de la misma al destinatario del mismo». A pesar de ello, Lascuráin llega a la conclusión de que tales deberes no pueden configurarse como deberes de garantía que permitan fundamentar una comisión por omisión. En LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: «Los delitos de omisión...», ob. cit., pp. 103-105.

reflexión e indagación sobre los efectos del producto, para así conjurar, a través del aviso al usuario o al consumidor, o por medio de la retirada del producto, el riesgo de una lesión» (20). Como señalaba más arriba, los deberes de vigilancia vendrán determinados por la regulación específica de cada sector y la omisión de la diligencia debida en cada caso deberá valorarse de acuerdo con los criterios generales de imputación de la responsabilidad penal.

Aquí el problema sería el de valorar qué nivel de sospecha ha de alcanzarse para que surja ese deber de informar o, en su caso, de retirar el producto; qué conducta del productor o fabricante se ha de considerar suficiente para entender cumplido ese deber y, en consecuencia, se le pueda exonerar de toda responsabilidad penal; y, finalmente, cuál sería el límite temporal de esos deberes.

Las anteriores cuestiones resultan de muy difícil respuesta abstracta, aunque esta dificultad no es privativa de la responsabilidad penal por el producto, sino que es propia del Derecho penal en general. De modo que, sin pretender entrar en profundidad en esta problemática, simplemente apuntaré cuáles son, en mi opinión, los criterios que, en principio, podrían guiar la resolución de estos problemas.

En relación con la primera cuestión, parece razonable entender que en los casos que estamos tratando, ante la imposibilidad de establecer un baremo de validez general, habría que operar con criterios generales, tales como la diligencia exigible al fabricante o productor medio y la exigible en el caso concreto de acuerdo con sus conocimientos específicos. Ello variará en función de cuáles sean los bienes jurídicos en peligro. Así, cuando se trate de riesgos para la vida o la salud de los consumidores, unas mínimas sospechas fundadas requerirán una actuación inmediata dirigida a prevenir el riesgo y, por tanto, surgirá el deber de informar. Aquí el conflicto estaría entre la vida o la salud, por un lado; y los intereses económicos y el prestigio de la empresa por el otro lado. Esta ponderación corresponderá hacerla al productor o fabricante y, en todo caso, serán los juzgadores quienes determinen en cada supuesto específico si la conducta llevada a cabo excluye la responsabilidad penal aunque se hayan producido resultados lesivos (21).

(20) Junto a este reparo a la aceptación de la posición de garante basado en razones de utilidad, este autor añade un segundo reparo fundado en razones de distribución de la responsabilidad: «si no puede devenir en garante quien desconocía que lo que hacía era arriesgado, mucho menos lo hará si no se sabía que su actitud era peligrosa o se desconocía una dimensión peligrosa de su actividad», *ibid.*, p. 104-105.

(21) Sobre esto puede verse KUHLEN, L.: «Necesidad...», *ob. cit.*, pp. 75 ss.

En cuanto a la segunda cuestión, es obvio que una vez que el fabricante decide informar habrá que valorar si su actuación resulta suficiente y adecuada para cumplir con ese deber. Aquí habrá que operar también con criterios de exigibilidad media y de exigibilidad en el caso concreto. Se tratará, por un lado, de ver qué medios tiene a su alcance y la eficacia de los mismos (desde enviar notas informativas a todos los distribuidores y lugares de destino de los productos, así como introducir notas informativas en prensa, radio y televisión, hasta ordenar la inmediata retirada del producto). Por otro lado, se presupone que la necesidad y la suficiencia del medio empleado para cumplir con su deber ha de establecerse en relación con los riesgos que puedan derivarse de los productos y de cuáles sean los intereses en juego (22).

Por lo que respecta a la pregunta relativa al límite temporal del deber de informar y de retirar el producto, en la medida en que éste está en el mercado, la obligación continúa, aunque se haya dejado de producir y se encuentre únicamente en manos de los consumidores. En principio, los plazos para exonerar de la responsabilidad penal han de ser los de la prescripción. Aquí, la obligación de informar debe interpretarse también en función del riesgo. Así, por ejemplo, si se trata de determinados aparatos que ya han dejado de fabricarse y venderse, pero que con el paso del tiempo el uso del material empleado produce una alteración que perjudica gravemente la salud de los consumidores, habrá que concluir que el productor o fabricante siguen teniendo el deber de informar. No obstante, el largo tiempo transcurrido entre la acción de introducir la mercancía en el mercado y el momento en que se conocen sus efectos adversos y se producen los resultados lesivos puede ser tenido en cuenta por el juzgador a efectos de aplicación de los mecanismos legales que permitirían excluir o atenuar notablemente la responsabilidad criminal (23).

Pues bien, una vez apuntadas las posibles soluciones a las cuestiones señaladas, el segundo argumento en apoyo de la posible posición de garante del productor o fabricante en los casos que estamos comentando es el de la infracción de los llamados «deberes de aseguramiento del tráfico»; esto es, la infracción del deber de adoptar las medidas de cuidado exigidas por el tráfico: informar al consumidor y, en su caso, retirar el producto, a salvo, claro está, los supuestos en que la víctima se coloca autónomamente en peligro. Dado que ese deber se dirige a evitar la indefensión del consumidor, en principio, si éste conoce el

(22) En relación con esta cuestión puede verse, *ibid.*, pp. 86-88.

(23) Sobre esto, véase *ibid.*, pp. 88-90.

riesgo, y a pesar de ello y autónomamente decide consumir el producto, ya no cabría hablar de indefensión; y, además, el sujeto con su intervención autónoma interrumpiría la relación de imputación entre la conducta del productor o fabricante y el posible resultado lesivo. El problema aquí será siempre el de valorar si ha habido o no una intervención «realmente autónoma» por parte del tercero (lógicamente, la intervención de un niño nunca podría valorarse como autónoma).

Ahora bien, una vez comprobado el incumplimiento de tales obligaciones la cuestión es si dicha infracción es suficiente para fundamentar una omisión impropia. Y, en términos generales, la objeción que se aduce frente a ello es que los principios de responsabilidad civil orientados a la reparación del daño, no deben ser utilizados automáticamente para determinar la responsabilidad penal (24). Y, efectivamente, esto debe ser así. El problema, pues, está en determinar en qué casos y con qué alcance la infracción de esos deberes civiles o administrativos permite fundamentar la responsabilidad penal.

Algunos autores tratan de limitar el alcance de esos deberes. Seelman, por ejemplo, propone que en aquellos supuestos en que los peligros «exceden de lo habitual» el obligado será responsable con independencia de que el producto se haya puesto o no correctamente en el mercado, siempre y cuando la víctima no se haya puesto en peligro por sí misma, imputablemente (25).

Hilgendorf, por su parte, considera que los fabricantes de «bienes peligrosos» tienen la obligación de garante desde el punto de vista de la apertura de una fuente de peligro, con independencia de si en el momento de la producción y de la comercialización de los bienes, los peligros eran ya objetivamente cognoscibles o no (26).

Desde el punto de vista de la tesis de estos autores, el problema estaría en concretar cuándo puede decirse que los peligros «exceden de lo habitual» o cuándo estamos ante «bienes peligrosos». En los casos que estamos analizando, parecería razonable entender, por un lado, que desde el momento en que los daños a la salud o a la vida se derivan, precisamente, de un defecto del producto —y no de la clase de producto—, ese peligro excede de lo habitual: no se trata ya de los riesgos inherentes a la mercancía de los que se informa en el momento de

(24) SCHÜNEMANN, B.: «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania» (trad. Silvina Bacigalupo), en AAVV: *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, pp. 11-24.

(25) Véase GIMBERNAT, E.: «La omisión impropia...», ob. cit., p. 53, nota 132.

(26) HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, Berlín, 1993, pp. 140-143. La cita la tomo de GIMBERNAT, E.: *ibid*, p. 53, nota 136.

la puesta en circulación mediante las adecuadas instrucciones o advertencias, sino de riesgos imprevistos y desconocidos en el momento de su introducción en el mercado. Por otro lado, y de acuerdo con lo anterior, bienes peligrosos serían también aquellos cuyo riesgo procede de un fallo desconocido en el momento de la introducción en el mercado, pero conocido con posterioridad. El mero hecho de que el producto sea inevitablemente peligroso, siempre que su comercialización haya sido autorizada por ser «razonablemente seguro» y vaya acompañado de las advertencias e instrucciones de uso pertinentes, no permitiría –entendiéndolo– fundamentar una omisión impropia. En definitiva, para que los riesgos «excedan de lo habitual» o los bienes puedan calificarse de «peligrosos» deben proceder de un riesgo desconocido en el momento de su comercialización y ser debidos a un defecto en la producción, diseño o, incluso, a la ausencia de adecuadas instrucciones o advertencias, por falta de conocimientos suficientes sobre el mismo. Pero, aún así, desde mi punto de vista, esto, por sí solo, tampoco permitiría fundamentar una omisión impropia.

Frente a la tesis de autores como Seelman o Hilgendorf se ha aducido en la doctrina penal que los «deberes de aseguramiento del riesgo» sólo permiten fundamentar una posición de garante y, en consecuencia, una omisión impropia en la medida en que el obligado tenga la cosa bajo su dominio, pero no cuando ésta ha salido de su esfera de influencia y se encuentra ya en manos de los consumidores (27). De manera que los deberes de aseguramiento del trá-

(27) SCHÜNEMANN, B.: «Sobre el estado actual...», ob. cit., pp. 20-21. No obstante, este autor, recientemente ha matizado que «el deber de advertencia sólo tiene sentido si se admite un deber previo de observación del producto y el criterio central para la aceptación de un deber permanente de observación del producto, como presupuesto lógico-material de un deber de garante de advertir posterior, también al consumidor que ya ha alcanzado la propiedad del producto, consiste claramente, desde la perspectiva de la teoría del dominio, en que el productor promete al cliente hacer precisamente eso y, de esa manera, el cliente puede confiar en que deja en manos del productor el velar para que el producto no sea peligroso (en la medida en que no se trate de un proceso normal de desgaste). Entonces, bajo ese presupuesto, por consiguiente, surge un dominio por el desamparo parcial de la víctima», dominio que el autor admite como una subforma de posición de garante por asunción. Pero, a un mismo tiempo, limita los deberes de observación del producto y de advertencia posterior a aquellos casos en los que «el productor se comprometió explícita o implícitamente a una precaución de esa clase y el círculo de consumidores por regla general cuenta con ello»; y esta situación se dará, en su opinión, «siempre y solo cuando se trate de artículos de marca»; así, afirma, «dado que los artículos de marca por regla general son más caros que los que no son de marca, en aquéllos el cliente también está pagando una cantidad por esa prestación adicional prometida en la publicidad, por lo que puede confiar, con razón, en el deber de observación del producto del productor», en «Responsabilidad penal en el marco de la

fico sólo entrarían en juego durante el tiempo de dominio, esto es, mientras la mercancía está siendo elaborada, tratada o sometida a cualquier actividad antes de ser introducida en el comercio; si durante esa etapa, el productor o fabricante actúan conforme a Derecho, aunque posteriormente se ponga de manifiesto algún fallo en el producto, dado que éste ya ha salido de su esfera de dominio, aquél se encuentra frente a los posibles resultados lesivos que dicho producto pueda causar en la misma situación que cualquier otro tercero y, en consecuencia, sólo podrá responder penalmente por una omisión del deber de socorro, pero no por una omisión impropia. Esto significa que los deberes de aseguramiento del tráfico sólo generarían –desde el punto de vista de la omisión impropia– deberes de aseguramiento como tales, pero no deberes de salvamento. Dado que la empresa no posee ningún poder jurídico para influir en el destino ulterior de los productos que se encuentran ya en el mercado, una advertencia emitida posteriormente por la misma no se diferencia en nada de, por ejemplo, la advertencia de una autoridad estatal o de un experto independiente. Ese conocimiento posterior sobre la peligrosidad del producto no puede sustituir al dominio inexistente, pues ese conocimiento lo puede tener cualquiera –la asociación de consumidores, el vendedor, etc.–, sin que a estos se les pueda adjudicar una posición de garante. En definitiva, estaríamos ante un deber de socorro que afecta por igual a cualquiera que posea la información (28).

Pues bien, esta objeción o límite al criterio de «los deberes de aseguramiento del tráfico» da pie a mi tercer argumento a favor de la posición de garante del productor o fabricante.

3. El dominio sobre la cosa

Desde mi punto de vista, el fabricante o productor no pierden el dominio sobre la cosa una vez que es introducida en el mercado, sino que ésta sigue bajo su esfera de influencia. El dominio sobre el producto no puede interpretarse de esa forma tan restringida y limitarse al momento previo a su comercialización. Que el conocimiento sobre la peligrosidad del producto lo pueden tener tanto el productor o fabricante como otras personas o asociaciones, no significa que los deberes

empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación» (trad. Beatriz Spínola y Mariana Sacher), en *ADPCP*, t. LV, enero-diciembre, 2002, p. 33.

(28) Sobre esto puede verse GIMBERNAT, E.: «La omisión impropia...», ob. cit., pp. 60-64.

que corresponden a unos y a otros sean los mismos. Las razones que me llevan a realizar esta afirmación son las siguientes:

En primer lugar, los deberes de observación, de retirada y de advertencia o información no finalizan en el momento en que la mercancía se introduce en el mercado, sino que permanecen en tanto aquella se encuentre en fase de comercialización; incluso, algunos de dichos deberes –como la obligación de retirada del producto– cobra pleno sentido durante esta última fase. Esto significa que, aunque tanto el productor o fabricante como cualquier otro tercero tengan conocimiento de los riesgos del producto –antes desconocidos– sus deberes no son los mismos. A los primeros corresponden deberes específicos dirigidos a garantizar la seguridad y la salud de los consumidores, y a los segundos un mero deber genérico de socorrer. Esto se manifiesta de manera muy especial, como ya he indicado más arriba, en productos de «alta calidad» (como los denomina la Ley 22/94, de 6 de julio); así ocurre, por ejemplo, en el caso de los medicamentos, respecto de los cuales la normativa española exige, durante la fase de comercialización, un servicio científico encargado de proseguir la tarea informativa; y un servicio de postventa que obliga a la puesta al día en la información al consumidor. Además, un tercero cualquiera no tiene la facultad de ordenar la inmediata retirada del producto que sí tienen el fabricante o productor; en consecuencia, estos últimos sí tienen un poder jurídico para influir sobre el destino del producto una vez que ya está en el mercado.

En segundo lugar, el productor o fabricante siguen respondiendo de las características o propiedades que constan en el etiquetado: el producto no ha dejado de ser «suyo», de manera que ellos responden de una información errónea o incompleta en la medida en que existen nuevos efectos adversos de los que no dan cuenta. De hecho, uno diría que la razón por la que el fabricante o productor no informan ni retiran el producto es porque el producto es «suyo» y la advertencia sobre los riesgos puede suponer considerables perjuicios económicos para la empresa, por los efectos negativos sobre el buen nombre de la misma, en general, y sobre la venta del producto, en particular.

En definitiva, el productor o fabricante siguen teniendo el dominio sobre la cosa, dominio que genera «confianza en terceros», que adquieren y usan el producto en la creencia de que reúne las características que figuran en el etiquetado y que, de no ser así, serían informados. El incumplimiento de los deberes por parte de aquellos genera

indefensión en el consumidor que tiene una posición de debilidad frente a ellos. Y esto conecta ya con mi cuarto y último argumento.

4. El comportamiento de riesgo intensificado

Finalmente, en los casos objeto de este análisis, cabría hablar de lo que en la doctrina penal se ha denominado «un comportamiento de riesgo intensificado» en relación con la conducta normal y cotidiana. Así, algunos autores parten de que, en la sociedad actual, la elaboración y la introducción de productos en el mercado supone una actividad tan arriesgada, que permite fundamentar una posición de garante del productor o fabricante, con independencia de si en el momento de la producción de los bienes fuese o no posible conocer los riesgos que pueden derivarse de los mismos. El razonamiento que subyace a esta afirmación es el siguiente: quien genera una situación peligrosa –actúe o no de forma antijurídica– dispone, a diferencia de lo que ocurre con la persona sometida al peligro, de los conocimientos oportunos y de los medios para prevenir los riesgos, por lo que se produce un incremento de asunción de deberes dirigida a alcanzar una adecuada protección de los bienes jurídicos en peligro (29).

Pues bien, desde mi punto de vista, efectivamente, por un lado, el productor o fabricante ocupan una posición privilegiada para poder evitar las consecuencias dañosas; no sólo tienen la obligación de actuar, sino que tienen mayores posibilidades que cualquier otro tercero para hacerlo eficazmente. Aquellos disponen de mayores conocimientos –ellos han elaborado el producto y lo conocen mejor– y tienen a su alcance más medios para analizar la situación y prevenir el riesgo. Además, lo normal es que reciban las noticias de gente o sectores aislados no coordinados entre sí, de manera que son ellos quienes tienen la posibilidad de unir esa información y llegar a un conocimiento más completo de la situación. Y, por otro lado, en estos casos, el actuar precedente peligroso desborda el ámbito de los peligros frente a los que normalmente los consumidores o usuarios toman precauciones por sí mismos (30).

Este sería el cuarto y último argumento que, a mi juicio, permitiría en unión de los anteriores fundamentar la posición de garante del productor o fabricante en los supuestos que estamos analizando.

(29) Sobre las diferentes opiniones doctrinales en relación con el criterio del «comportamiento de riesgo incrementado» puede verse GIMBERNAT, E.: *ibid.*, pp. 57-59.

(30) En este sentido, BACIGALUPO, E.: *Principios...*, ob. cit., pp. 406-408.

III. CONCLUSIONES

De acuerdo con todo lo anterior, es posible, en mi opinión, extraer las siguientes conclusiones:

1. El productor o fabricante, en los casos objeto de este análisis, generan un riesgo permitido, pero jurídicamente relevante: todo aquél que realiza este tipo de actividades (introducción de productos en el mercado) genera ciertos riesgos y, por esta razón, asume unos deberes específicos que le vienen impuestos por normas jurídicas.

2. Una vez que el productor o fabricante conocen la existencia de un fallo en su producto del que se derivan –o existe la sospecha de que pueden derivarse– riesgos para la vida o la salud de los consumidores, surgen los deberes de advertencia, información y, en su caso, retirada del producto.

3. Si el productor o fabricante deciden no hacer nada (ni informar, ni retirar el producto), el riesgo por ellos creado se transforma ya en un riesgo «no permitido». Con su omisión, están infringiendo especiales deberes jurídicos cuya finalidad es, precisamente, salvaguardar la salud y la vida de los consumidores. Además, cabe afirmar que aquéllos tienen un dominio sobre el producto, que genera «confianza en terceros» quienes lo adquieren y usan en la creencia de que reúne las características que figuran en el etiquetado y que, de no ser así, serían informados; esto es, el consumidor se encuentra frente al producto en situación de indefensión, dado que actúa en la confianza de que el productor o fabricante cumplirán con sus deberes y, en consecuencia, no toma precauciones que en otro caso sí tomaría. Finalmente, el productor o fabricante se encuentran en una posición privilegiada para poder evitar las consecuencias dañosas: disponen de mayores conocimientos –sobre el producto y sobre la situación de riesgo–, y tienen a su alcance más medios para analizar la situación y prevenir el riesgo (31).

4. En estos casos, y siguiendo en este punto a Gimbernat, cabría afirmar que la omisión de la medida de precaución (esto es, la omisión

(31) Todas estas circunstancias tal vez permitirían afirmar, siguiendo la novedosa tesis de GRACIA MARTÍN sobre la comisión por omisión, que el productor o fabricante han incorporado, de un modo totalmente voluntario y libre, el proceso causal que se desarrolla en dirección a la producción del resultado a su esfera de dominio social, y ese dominio social se actualiza específicamente cuando omiten informar sobre los riesgos del producto defectuoso, siendo este último la causa determinante de los resultados lesivos. Véase GRACIA MARTÍN, L.: «Los delitos de comisión...», ob. cit., 411 ss.

de advertencia, información y, en su caso, de retirada del producto defectuoso) ha hecho posible que el «foco de peligro», en este caso el producto defectuoso, rebase el nivel de riesgo permitido (que se habría mantenido dentro de ese nivel de haber adoptado la medida) y ese foco de peligro –ya prohibido– ha causado el resultado (32).

5. Aunque la omisión de la medida de precaución es intencional –el productor o fabricante han decidido no hacer nada– los resultados lesivos serán imputables normalmente a título de imprudencia (por regla general, aquellos «no quieren» los resultados lesivos) o, en algunos casos, a título de dolo eventual. Difícilmente se darán supuestos en los que el productor o fabricante actúen respecto de los resultados lesivos con dolo directo de primer o segundo grado (33).

6. En definitiva, parece posible afirmar que en el caso analizado se dan los elementos que el artículo 11 CP requiere para poder imputar resultados a conductas omisivas: se infringe un especial deber jurídico del autor y esa infracción equivale, según el sentido de la ley, a su causación.

(32) Véase, GIMBERNAT, E.: «El delito de omisión...», ob. cit., pp. 537-551.

(33) En este mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Algunas cuestiones...», ob. cit., p. 830.

Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004

MIGUEL ABEL SOUTO

Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. Las medidas privativas de libertad como respuesta legal a la crisis.—
II. Los internamientos: A) Régimen cerrado. B) Régimen semiabierto.
C) Régimen abierto. D) Internamiento terapéutico.—III. Permanencia de fin
de semana.

I. LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD COMO RESPUESTA LEGAL A LA CRISIS

Atinadamente ha denunciado WALTER la crítica situación actual por la que atraviesa el Derecho penal juvenil, desde una triple perspectiva, puesto que la crisis afecta tanto a la juventud en sí, como a la sociedad y al propio Derecho penal (1).

Para superar esa dificultosa situación debe partirse de una política criminal juvenil no limitada al Derecho penal, instrumento incapaz de solucionar los problemas sociales (2). Además, los sistemas de Justicia destinados a los menores deben atender, primordialmente, a los intereses de los jóvenes, pero ponderándolos con los de la víctima, siempre digna de atención, así como con las necesidades sociales rela-

(1) Cfr. WALTER, M., «Die Krise der Jugend und die Antwort des Strafrechts», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 4, 2001, p. 749.

(2) Cfr. HEINZ, W., «Kinder- und Jugendkriminalität. Ist der Strafgesetzer gefordert?», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 3, 2002, p. 581.

tivas a la tutela de bienes jurídicos (3), pues «pena y educación no forman una irreconciliable antítesis» (4).

A los efectos de enfrentarse a la mencionada crisis, la *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (5) (LORRPM) articula un amplísimo catálogo de medidas (6). De entre todas ellas sólo nos vamos a ocupar de las más gravosas; a saber: las medidas privativas de libertad, dentro de las que se incluyen los internamientos en régimen cerrado, semiabierto y abierto, el internamiento terapéutico así como la permanencia de fin de semana. Así pues, abordaremos la privación de libertad continuada e intermitente de delinquentes juveniles (7).

Lo primero que debe resaltarse a la hora de analizar la LORRPM y el *Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000* (8) ha de ser que, en un claro fraude de etiquetas (9), evitan el uso de la voz «penas» (10) para designar, con enmascaradora terminología correccionalista (11), las consecuencias jurídicas previstas para los menores infractores, medidas que constituyen verdaderas sanciones o castigos (12), habida

(3) Cfr. WALTER, M., «Die Krise der Jugend...», cit., p. 766.

(4) JÄGER, CH., «Jugend zwischen Schuld und Verantwortung. Was kann eine strafzweckorientierte Schuld- und Verantwortungslehre zum Verständnis des Jugendstrafrechts beitragen», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, núm. 6, 2003, p. 481.

(5) BOE de 13 de enero de 2000.

(6) Vid. ABEL SOUTO, M., «Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil. Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor», *Actualidad Penal*, núm. 6, 2002, pp. 105-164.

(7) Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *La responsabilidad penal del menor de edad*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 124.

(8) BOE de 30 de agosto de 2004.

(9) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores», en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. (Dir.), *Menores privados de libertad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 272. En sentido similar cfr. ANARTE BORRALLO, E., «Situación actual del Derecho de los menores. España», *Revista Penal*, núm. 5, 2000, p. 164; VIVES ANTÓN, T. S., «Constitución y Derecho penal de menores», *Poder Judicial*, núm. 21, 1991, p. 102.

(10) Cfr. CEREZO MIR, J., *Derecho penal. Parte general (lecciones 26-40)*, 2.^a ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 82; SERRANO GÓMEZ, A., «Derecho penal de menores», *Boletín de la Facultad de Derecho, UNED*, núm. 16, 2000, p. 148; del mismo autor, *Derecho penal. Parte especial*, 8.^a ed., Dykinson, Madrid, 2003, p. 1119.

(11) Cfr. MACHADO RUIZ, M. D., «La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.), *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 165.

(12) Cfr. MATALLÍN EVANGELIO, A., «La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabili-

cuenta de que –salvo el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio– carecen de idéntica naturaleza que las medidas de seguridad (13), pues éstas se basan en la peligrosidad mientras que las sanciones de las que nos ocupamos se fundamentan en la culpabilidad, aunque peculiar, del menor (14), al cual se le considera responsable (15) o «*imputable*» (16). Por consiguiente, llama la atención que la Ley reconozca la responsabilidad criminal de los menores, pero que no disponga penas para ellos (17). Además, utilizar el «*eufemismo*» (18) «*medidas*» no permite distinguir las consecuencias jurídicas que se aplican a jóvenes responsables de las medidas terapéuticas contempladas para menores inimputables (19).

Es indudable que cualquier sistema de responsabilidad juvenil debe orientarse, principalmente (20), a la socialización e integración de jóvenes y menores (21), a su «*recuperación*» (22), porque el carácter «*primordial*» (23) o «*eminente preventivo-especial*» (24) ha de presidir tal ordenamiento (25). Así opera la LORRPM, ya que ante

dad penal de los menores», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXII, 1999-2000, p. 83, n. 47, p. 84, n. 48, pp. 91 y 93.

(13) Cfr. CARMONA SALGADO, C., «Las medidas y sus criterios de determinación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en *Garantías del imputado en el proceso penal. Protección jurídica de menores. Formación de fiscales especialistas de menores. Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal I*, 2002, p. 920.

(14) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 374, 376 y 608.

(15) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 159.

(16) CÓRDOBA RODA, J., «La Ley de responsabilidad penal de los menores: aspectos críticos», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2002, p. 370.

(17) Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La responsabilidad penal de los menores», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 451.

(18) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y CUERDA ARNAU, M. L., «Derecho penal de menores: criterios generales de aplicación de las medidas», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., TAMARIT SUMALLA, J. M. y GÓMEZ COLOMER, J.-L. (Coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes. Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 81.

(19) Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M., «El nuevo Derecho penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?», *Revista Penal*, n. 8, 2001, p. 78 y n. 27.

(20) Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A., *op. cit., loc. cit.*

(21) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *op. cit., loc. cit.*

(22) SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 1115.

(23) HIGUERA GUIMERÁ, J.-F., *Derecho penal juvenil*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 341.

(24) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., y CUERDA ARNAU, M. L., *op. cit.*, p. 80, nota 1.

(25) Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Responsabilidad penal de los menores», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., y NAVARRO GUZMÁN, J. I. (Coords.), *Menores*.

todo pretende incidir en la educación. Sin embargo, no faltan en ella «concesiones en favor de las ideas de retribución e intimidación» (26), medidas afflictivas, expiacionistas o vindicativas (27), por ejemplo, el internamiento en régimen cerrado (28), cuya configuración en términos de defensa social lo convierte en una propia pena (29), o la inhabilitación absoluta (30) –introducida por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, que reformó, radicalmente (31), en insólita práctica legislativa, la LORRPM durante su *vacatio* (32)–, inhabilitación que nada tiene de contenido pedagógico (33). Al fin y al cabo, el Derecho penal juvenil constituye un auténtico *ius puniendi* (34) en el que la reafirmación del ordenamiento jurídico y la prevención general también desempeñan algún papel en la elección y aplicación de las medidas (35), aunque el objetivo sancionador sea secundario en relación con la meta a alcanzar: favorecer la evolución personal del menor (36).

II. LOS INTERNAMIENTOS

Todos los internamientos implican el ingreso en un centro (37). Conforme a la Exposición de Motivos de la LORRPM, la intensidad

Responsabilidad penal y atención psicosocial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 58.

(26) CÓRDOBA RODA, J., *op. cit.*, p. 376.

(27) Cfr. BERISTAIN IPIÑA, A., «Creencias y convicciones en la educación y reeducación del menor a la luz de la Constitución, las NN.UU. y la Unesco», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 2, núm. 1, 1999, p. 24.

(28) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 376.

(29) Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo Derecho penal de menores*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 45 y 60.

(30) Cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 921.

(31) Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J. M., *op. cit.*, p. 48.

(32) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 177.

(33) Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho penal de menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 181.

(34) Cfr. ALBRECHT, P.-A., *Jugendstrafrecht. Ein Studienbuch, 3., erweiterte und ergänzte Auflage, München, Verlag C. H. Beck*, 2000, p. 66. Existe una traducción al castellano de la primera edición, de 1987, a cargo de Juan Bustos Ramírez bajo el título *El Derecho penal de menores*, Barcelona, PPU, 1990.

(35) Cfr. CEREZO MIR, J., *op. cit.*, p. 83; LANDROVE DÍAZ, G., *op. cit.*, p. 256; MACHADO RUIZ, M. D., en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *op. cit.*, p. 165; TAMARIT SUMALLA, J. M., *op. cit.*, p. 74 y n. 12, pp. 76 y 77.

(36) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, p. 608.

(37) Cfr. JUDEL PRIETO, A., «Especial referencia a los supuestos de responsabilidad penal de los menores y medidas comprendidas en la Ley», en SUÁREZ-MIRA

en la restricción de libertad permite distinguir los diversos tipos de internamiento (38). A esta idea responde la aparición de los regímenes cerrado, semiabierto y abierto, las más graves restricciones de derechos a que puede dar lugar nuestro Ordenamiento penal juvenil (39). Con ello la Ley crea una tríada de medidas privativas de libertad y rechaza la propuesta de refundirlas en una sola (40), posición esta última defendida por Del Barrio y Gausachs en paralelismo con los grados de tratamiento del sistema de individualización científica (41). De manera que la medida única de internamiento posibilitaría que la limitación de la libertad dependiese de la evolución del interno (42), la cual sólo puede apreciarse durante el cumplimiento. Además, la entidad pública encargada de la medida deviene la más capacitada para valorar el régimen de ejecución (43). Finalmente, el mantenimiento de tantas medidas de internamiento como regímenes de cumplimiento fomenta –si se entiende que la Ley proscribía la *reformatio in peius* en la sustitución de la medida– la imposición sistemática del internamiento en régimen cerrado (44).

Respecto a la ejecución del internamiento, el defensor del pueblo denunció, en 1991, la desigualdad e inseguridad jurídica que comportaba descentralizar el cumplimiento de las medidas en manos de las comunidades autónomas (45), pues no todas disponen de un número de centros similar, ni su equipamiento posee idéntica calidad, ni están

RODRÍGUEZ, C. (Coord.), *Manual de Derecho penal, t. II, Parte especial*, Civitas, Madrid, 2003, p. 726.

(38) Cfr. Exposición de Motivos III, § 16, párrafo primero.

(39) Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A., *op. cit.*, p. 451.

(40) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., «Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor», *Actualidad penal*, núm. 10, 2001, p. 182.

(41) Cfr. Comparecencia del Director General de Justicia Juvenil de la Generalitat de Cataluña, el 18 de marzo de 1999, ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, *cit.* por CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 55.

(42) Cfr. HAVA GARCÍA, E., y RÍOS CORBACHO, J. M., «Las medidas aplicables a menores en la Ley 5/2000», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., y NAVARRO GUZMÁN, J. I., *op. cit.*, p. 152, nota 194.

(43) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *op. cit.*, *loc. cit.*

(44) Cfr. Comparecencia..., *cit.*, *loc. cit.*; CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 923.

(45) Cfr. AGUIRRE ZAMORANO, P., «Medidas aplicables en la legislación de menores», en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., *op. cit.*, p. 219; del mismo autor, «Las medidas», en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E. (Coord.), *Justicia de menores: una Justicia mayor. Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 83.

dotadas con el mismo personal especializado (46). Sobre tales discriminaciones en la ejecución volvió a incidir el defensor del pueblo en su informe de 2002, debido a la diversa normativa existente en cada comunidad autónoma (47).

Aun cuando la necesidad de nuevos centros aconsejaba una mayor *vacatio* para poner en funcionamiento la LORRPM, cualquier retraso de su entrada en vigor fue calificado de «*verdaderamente catastrófico*» (48). Asimismo, se dijo que en el Texto legislativo existían medidas no privativas de libertad cuya ejecución no requería ingentes inversiones (49), lo cual era tanto como reconocer que se impondrían medidas no por juzgarlas más adecuadas que el internamiento, sino por ser las únicas susceptibles de ejecución (50). Así pues, la carencia de medios imprescindibles generó evidentes problemas en la ejecución (51).

Por lo que hace a las previsiones reglamentarias, se admiten traslados a centros ubicados en comunidades autónomas distintas a la del juzgado que acordó el internamiento, tomando por base «*el interés del menor de alejarlo de su entorno familiar y social*» (52), habilitación adecuada que se fundamenta en el artículo 46.3 LORRPM, pero también caben traslados «*por razones temporales de plena ocupación de sus centros o por otras causas*» (53), referencia esta última cuya indeterminación atenta contra el contenido esencial del principio de legalidad y vulnera injustificadamente el derecho al internamiento en el centro más cercano al domicilio del menor, reconocido en el artículo 56.2.e) LORRPM. Asimismo, el reglamento contempla, pormenorizadamente, la periodicidad mínima de los informes de seguimiento (54), como exigía el artículo 49.1 LORRPM (55), aun-

(46) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, cit., p. 223; del mismo autor, «Medidas aplicables a los menores infractores», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R. (Coords.), *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001, p. 71.

(47) Cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informes, estudios y documentos. El primer año de vigencia de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, p. 298.

(48) CUELLO CONTRERAS, J., *op. cit.*, p. 12.

(49) Vid. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 924; LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, cit., p. 224; del mismo autor, «Medidas aplicables...», cit., p. 71.

(50) *Ibidem*.

(51) Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J. M., *op. cit.*, p. 49 y nota 23.

(52) Artículo 35.1, letra b).

(53) Letra c) del artículo 35.1.

(54) Vid. artículo 13.2.

(55) Cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO, *op. cit.*, p. 298.

que sorprende la alusión a que cuando uno de los informes «contenga una propuesta de revisión... se hará constar expresamente» (56), dicción con burocrático resabio que evidencia las dudas del ejecutivo sobre la lectura íntegra de los informes, dado que si ya contienen una propuesta de revisión la redundante mención a la constancia expresa sólo puede entenderse como que la propuesta se resalte de tal manera que no pase desapercibida. Igualmente, asombra la progresiva difuminación que el derecho a la intimidad, proclamado en el artículo 56.2.c) LORRPM, experimenta por vía reglamentaria, puesto que primero se concreta en el acceso a una habitación individual, derecho que pronto se excepciona para permitir los dormitorios compartidos y acaba reducido a «un lugar adecuado para guardar sus pertenencias» (57). Por último, la doctrina había valorado positivamente la ausencia del aislamiento tanto en el régimen cerrado (58) como en el disciplinario de la LORRPM (59); sin embargo, el reglamento acoge, en sede de medios de contención, un aislamiento provisional (60), el cual comporta tamaña restricción de libertad que quebranta el tenor literal del dogma legalista, habida cuenta de que la remisión reglamentaria operada por el artículo 59.2 LORRPM no puede autorizar la entrada en un campo vedado a meras disposiciones gubernativas.

A) Régimen cerrado

El catálogo de medidas que establece la LORRPM se inicia con el «encierro pleno» (61), el internamiento en régimen cerrado del artículo 7.1.a), cuya dicción legal resulta ampliada (62) en relación con la normativa que se deroga (63), ya que hoy se contempla la precisión de que semejante consecuencia jurídica lleva aparejadas las obligaciones de residir en el centro –sutil alusión a la privación de

(56) Artículo 13.4.

(57) Artículo 30.2, letra a).

(58) Cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, pp. 924 y 925.

(59) Cfr. GUINARTE CABADA, G., «Algunas consideraciones sobre la ejecución de las medidas previstas en la Ley penal del menor (LO 5/2000)», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXIV, 2002-2003, p. 442.

(60) *Vid.* artículo 55.5.

(61) CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 124.

(62) Cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 924.

(63) Cfr. VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2000, p. 59.

libertad de movimientos *extra muros* (64)– y desarrollar en éste diversas actividades (65). El objetivo que se pretende alcanzar con dicha medida, a tenor de la Exposición de Motivos de la LORRPM, se fija en que el menor adquiera «*los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad*» (66). A tales efectos se le controla en un ambiente restrictivo, pero cada vez más autónomo (67).

Ahora bien, las competencias sociales, a las que alude la Exposición de Motivos, para conseguir un comportamiento responsable no deberían perseguir el frustrante objetivo de convertir a los delinquentes juveniles en buenos ciudadanos, sino una más modesta interiorización del necesario acatamiento de la Ley penal para la convivencia (68).

De otro lado, debe denunciarse la manera, «*emblemáticamente eufemística*» (69), en la que la Exposición de Motivos se refiere al internamiento, pues los sustantivos «*ambiente*», «*estancia*» y «*clima*» (70) parecen sugerir unas vacaciones veraniegas en plena naturaleza y no un encierro.

El internamiento constituye la medida de «*toda la vida*» (71) y durante mucho tiempo supuso la «*piedra angular*» (72) del sistema de reeducación español. Mas, como indica el Grupo de Estudios de Política Criminal, «*es contraproducente que un menor sea aislado de su medio comunitario natural*» (73), puesto que los conflictos del joven deben abordarse, solidariamente, donde tienen su origen (74).

Así las cosas, el internamiento en medio cerrado ha sido objeto de múltiples críticas, que ponen de relieve desde los efectos criminóge-

(64) Cfr. POLAINO NAVARRETE, M., «La minoría de edad penal en el Código penal y en las Leyes Orgánicas 5 y 7/2000», *Anuario de Justicia de Menores*, núm. 1, 2001, p. 157.

(65) Cfr. letra *a*) del artículo 7.1.

(66) Exposición de Motivos III, § 16, párrafo segundo.

(67) *Ibidem*.

(68) Cfr. POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, p. 158.

(69) *Ibidem*.

(70) Exposición de Motivos, III, § 16, párrafo primero.

(71) AGUIRRE ZAMORANO, P., «Medidas aplicables...», *cit.*, p. 218.

(72) GONZÁLEZ ZORRILLA, C., *La Justicia de menores en España*, epílogo a la obra de LEO, G. DE, *La Giustizia dei minori*, traducida al castellano por Carlos González Zorrilla como *La Justicia de menores. La delincuencia juvenil y sus instituciones*, Teide, Barcelona, 1985, p. 133.

(73) «Manifiesto a favor de una Justicia Juvenil», en Grupo de Estudios de Política Criminal, *Un proyecto alternativo a la regulación de la responsabilidad penal de los menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 15.

(74) *Ibidem*.

nos (75) y estigmatizadores (76) que provoca, pasando por el desarraigo de la familia y el ambiente que genera, hasta las dudas de eficacia que plantea (77). No obstante, la mayor parte de la doctrina sostiene su necesaria existencia (78), aunque sólo sea para «casos especialísimos» (79), en «última instancia» (80), pues el internamiento debe poseer «carácter excepcional» (81), como ocurre en los modernos sistemas penales juveniles (82), exigencia desatendida durante largo tiempo, habida cuenta de que hasta hace poco el ingreso en un centro, con la amonestación, representaba la medida más aplicada a los menores infractores; sin embargo, actualmente, el internamiento en centros cerrados ha descendido mucho (83), tanto que en España ya se considera infrecuente (84), poniéndose la patria de Manuel Montesinos y Concepción Arenal a la altura de las naciones de su entorno jurídico (85). Con todo, se corre el riesgo de una vuelta

(75) Cfr. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, Comares, Granada, 2004, p. 60.

(76) Cfr. HAVA GARCÍA, E., y RÍOS CORBACHO, J. M., *op. cit.*, p. 154.

(77) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, *cit.*, p. 223; del mismo autor, «Medidas aplicables...», *cit.*, p. 70.

(78) Cfr. AGUIRRE ZAMORANO, P., «Medidas aplicables...», *cit.*, p. 218; CRUZ BLANCA, M. J., «La responsabilidad penal de los menores tras la reforma operada por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, de 22 de diciembre», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 75, 2001, pp. 498 y 499; de la misma autora, *Derecho penal de menores (Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)*, Edersa, Madrid, 2002, p. 330; LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *op. cit.*, p. 61; MIDDENDORFF, W., *Jugendkriminalologie. Studien und Erfahrungen*, Ratingen, Aloys Henn Verlag, 1956, traducido por José María Rodríguez Devesa como *Criminología de la Juventud. Estudios y experiencias*, Ariel, Barcelona, 1964, p. 264.

(79) CANTARERO BANDRÉS, R., *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 227.

(80) CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 924.

(81) Grupo de Estudios de Política Criminal, «Manifiesto...», *cit.*, p. 16.

(82) La regulación italiana resulta paradigmática, ya que, a juicio de FOFFANI, uno de los objetivos fundamentales de la profunda reforma operada por el decreto presidencial 448/1988, de 22 de septiembre, fue transformar la función del internamiento en auténtica *ultima ratio* (cfr. FOFFANI, L., «Situación actual del Derecho de los menores. Italia», *Revista Penal*, núm. 5, 2000, p. 173, traducido al castellano por María José Pifarré de Moner).

(83) Cfr. AGUIRRE ZAMORANO, P., «Medidas aplicables...», *cit.*, pp. 218 y 219; DEFENSOR DEL PUEBLO, *op. cit.*, p. 388; HAVA GARCÍA, E., y RÍOS CORBACHO, J. M., *op. cit.*, pp. 154 y 155.

(84) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, *cit.*, p. 224; del mismo autor, «Medidas aplicables...», *cit.*, p. 71.

(85) Por ejemplo, Alemania, país en el que las estadísticas arrojan sólo un 6 por 100 de casos en los que procede la privación de libertad (cfr. WASSMER, M. P.,

al encierro, dado que el incremento de la delincuencia infantil y la recurrente publicación de ciertas noticias en la prensa (86) ha hecho nacer en la opinión pública y los políticos el deseo de utilizar más el internamiento en régimen cerrado (87), generando tensiones entre las propuestas doctrinales —que parten de bases empíricas, como la constatación de que la criminalidad de jóvenes y menores constituye «*un fenómeno normal, ubicuo, episódico y mayoritariamente con un carácter de bagatela*» (88)— y las inquietudes de la sociedad (89). El mentado aumento de la prisión juvenil se verá favorecido en nuestro país tanto por la circunstancia de que el ámbito de aplicación subjetivo de la LORRPM abarca a los menores entre dieciséis y dieciocho años, como por el dato de que, inicialmente un bienio después de la entrada en vigor (90) y luego —pese al informe en contra del defensor del pueblo (91)— sólo a partir de 2007 (92), la Ley también alcanzará a los jóvenes de dieciocho a veintiún años (93).

De otro lado, el internamiento en régimen cerrado integra la medida más grave de las mencionadas en la LORRPM (94). Por ello,

«Situación actual del Derecho de los menores. Alemania», *Revista Penal*, núm. 5, 2000, p. 150).

(86) *Vid.* CÓRDOBA RODA, J., *op. cit.*, p. 376.

(87) Cfr. RÖSSNER, D., «El Derecho penal de menores en Alemania con especial consideración de los adolescentes», en GIMÉNEZ-SALINAS Y COLOMER, E. (Dir.), *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de Derecho comparado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 311.

(88) CANO PAÑOS, M. A., «¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LV, MMII, 2004, p. 312.

(89) Cfr. CÓRDOBA RODA, J., *op. cit.*, p. 364.

(90) *Vid.* disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 23 de diciembre de 2000).

(91) Cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO, *op. cit.*, p. 393.

(92) *Vid.* disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, y del Código civil, sobre sustracción de menores (BOE de 11 de diciembre de 2002).

(93) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, cit., p. 224; del mismo autor, «Medidas aplicables...», cit., p. 71.

(94) Cfr. CRUZ BLANCA, M. J., «La responsabilidad...», cit., p. 499; de la misma autora, *Derecho penal de menores*, cit., p. 331; DEFENSOR DEL PUEBLO, *op. cit.*, p. 283; GÓMEZ RIVERO, M. C., *op. cit.*, pp. 181 y 186; HAVA GARCÍA, E. y RÍOS CORBACHO, J. M., *op. cit.*, pp. 153 y 154; LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, cit., p. 222; del mismo autor, «Medidas aplicables...», cit., p. 70; MACHADO RUIZ, M. D., en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *op. cit.*, p. 166; ORNOSA

sólo debería acudir a tal consecuencia jurídica cuando se muestre como «*absolutamente inevitable*» (95). Al fin y a la postre está en juego el «*preciado bien jurídico*» (96) de la libertad, que ha de limitarse el «*mínimo imprescindible*» (97).

En este orden de ideas, se echa en falta una alusión en la LORRPM al carácter de *ultima ratio* que ha de poseer el internamiento (98), referencia que también omitió la Ley Orgánica 4/1992 (99), pero no el texto refundido de la legislación de tribunales tutelares de menores (100), el cual, antes de la reforma de 1992, únicamente permitía el internamiento «*cuando los medios empleados en las demás Instituciones reformativas auxiliares del Tribunal resulten ineficaces*» (101).

En cualquier caso, nuestra Constitución obliga a interpretar la LORRPM de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España (102) y, más en concreto, el artículo 39.4 otorga a los niños «*la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*». De modo que la normativa supraestatal es de aplicación a los internamientos de menores en nuestro país (103), textos internacionales en los que claramente se consagra que la privación de libertad ha de ser la *ultima ratio* del Derecho penal juvenil (104).

Efectivamente, la Convención sobre Derechos del niño dispone que la prisión en la infancia «*se utilizará tan sólo como medida de*

FERNÁNDEZ, M. R., *op. cit.*, p. 182; VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 59.

(95) Grupo de Estudios de Política Criminal, «Manifiesto...», *cit.*, p. 16.

(96) LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, *cit.*, *loc. cit.*; del mismo autor, «Medidas aplicables...», *cit.*, *loc. cit.*

(97) TERRADILLOS BASOCO, J. M., *op. cit.*, p. 60.

(98) Cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 924.

(99) Cfr. AGUIRRE ZAMORANO, P., «Medidas aplicables...», *cit.*, p. 218.

(100) Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *op. cit.*, p. 182.

(101) Artículo 17.a), párrafo tercero, del Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (BOE de 19 de julio de 1948).

(102) *Vid.* artículo 10.2.

(103) Cfr. VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 60.

(104) Cfr. CADENA SERRANO, F. A., «Las medidas previstas en la Ley del menor», en SAMANES ARA, C. (Coord.), *La responsabilidad penal de los menores*, El Justicia de Aragón, 2003, pp. 56, 58-63, 76 y 77; CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 924 y nota 14; CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 165; CRUZ BLANCA, M. J., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 499 y nota 63; de la misma autora, *Derecho penal de menores*, *cit.*, p. 330 y nota 1042; MARTÍN SÁNCHEZ, A., «Las medidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores», en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 440 y 441.

último recurso y durante el período más breve que proceda» (105). En similares términos se expresan las Reglas de Beijing (106), que aluden ora al confinamiento de menores «*como último recurso y por el más breve plazo posible*» (107), ora a que la privación de libertad se infligirá «*siempre que no haya otra respuesta adecuada*» (108). Casi idéntica resulta la dicción de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, a cuyo tenor el encarcelamiento también es el «*último recurso*» (109) y debe decidirse «*por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales*» (110). Finalmente, la Recomendación núm. R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (111) habla tanto de internamiento «*indispensable*» (112) como de «*casos en que no puede evitarse una pena privativa de libertad*» (113).

Para concluir las alusiones a la normativa internacional, las Reglas de Tokio (114) imponen la introducción de otras opciones que permitan reducir la aplicación de las medidas privativas de libertad (115). A este respecto, el hecho de que la casi totalidad de los menores internados pertenezca a las clases bajas y marginales, amén de reflejar una lamentable injusticia, evidencia, *a contrario sensu*, que existen alternativas a la prisión (116).

En cuanto al reglamento, tampoco contiene una referencia expresa al carácter de *ultima ratio* del internamiento. Lo más próximo a tal proclamación son las menciones a «*la prioridad de las actuaciones en*

(105) Artículo 37.b).

(106) Reglas mínimas uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

(107) Artículo 19.

(108) Artículo 17.c).

(109) Artículos 1 y 2.

(110) Artículo 2.

(111) Recomendación sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987, durante la 410.^a reunión de los Delegados de los Ministros.

(112) Artículo 13.

(113) Artículo 16.

(114) Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

(115) Cfr. artículo 1.5.

(116) Cfr. CARRANZA, E., «La Justicia penal juvenil posterior a la Convención y el uso de la privación de la libertad», en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M. R. (Coords.), *op. cit.*, p. 99.

el propio entorno familiar y social» (117), así como al uso de medios de contención «*cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida»* (118). También se nos ofrecen reglamentariamente otros elementos que permiten distinguir el internamiento en régimen cerrado del semiabierto, *v. gr.*, que en el primer encierro quedan excluidos los permisos ordinarios (119), las salidas de fin de semana (120) o las partidas programadas (121) hasta que no transcurra un tercio del internamiento (122) y los permisos extraordinarios requieren una autorización judicial expresa (123), aunque la diferencia fundamental ya figura en el artículo 7.1.a) LORRPM; esto es: que en el centro se desarrollan todas las actividades (124). Congruentemente, el reglamento alude a casos en los que «*el menor no pueda asistir a los centros docentes de la zona a causa del régimen»* (125), como ocurre precisamente en el internamiento que comentamos. Por último, otra disposición reglamentaria contempla los encuentros *vis à vis*, llamados a desplegar sus máximos efectos en el régimen cerrado, puesto que se permiten a los jóvenes o menores con cónyuge «*que durante un plazo superior a un mes no disfruten de ninguna salida de fin de semana o de permisos ordinarios»* (126). Dichas comunicaciones íntimas causaron especial inquietud en algunos sectores, debido al hecho de que el borrador ministerial remitido a las comunidades autónomas a mediados de junio de 2004 extendía los encuentros a solas «*a los menores que mantengan una relación afectiva con una persona de su mismo sexo»* (127). Tras la reunión celebrada el 15 de julio entre responsables del ministerio de Justicia y de las comunidades autónomas, semejante referencia fue sustituida (128) en el texto definitivo del reglamento, aprobado por el Consejo de

(117) Artículo 6, letra f).

(118) Artículo 55.3.

(119) *Vid.* artículo 45.

(120) *Vid.* artículo 46.

(121) *Vid.* artículo 48.

(122) *Vid.* artículos 45.7, 46.7 y 48.6. Inicialmente la exclusión en el régimen cerrado de permisos ordinarios, salidas de fin de semana y programadas, que se adjetivaban de «*recreativas»*, era absoluta. La redacción final del reglamento, publicado en el *BOE* el 30 de agosto, admite el acceso a estos beneficios cuando se haya cumplido el primer tercio del internamiento y el juez lo autorice.

(123) Cfr. artículo 47.4.

(124) Cfr. JUDEL PRIETO, A., en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, p. 726.

(125) Artículo 37.2.

(126) Artículo 40.8.

(127) «Justicia suprime la alusión a las relaciones gays en el reglamento de la Ley del menor», en <http://www.larazon.es>, viernes 23 de julio de 2004.

(128) *Ibidem.*

ministros el día 30 de julio de 2004, por la exigencia de una «análoga relación de afectividad» a la del cónyuge. Sobre el particular, ha de atenderse a diversos factores: que homosexuales y heterosexuales deben gozar de los mismos derechos, la conveniencia de las comunicaciones íntimas para la rehabilitación, el dato de que legalmente se permiten las relaciones sexuales consentidas desde los trece años y el matrimonio a partir de los catorce, como recuerda el actual defensor del menor (129), y la lógica de estos encuentros en el marco de unos internamientos que pueden durar hasta los veintitrés años, según sostiene su antecesor en el cargo (130).

B) Régimen semiabierto

También esta consecuencia jurídica, a diferencia de lo que acontecía con la medida séptima del artículo 17 de la LO 4/1992 (131), se describe por la LORRPM, aunque la letra *b*) del artículo 7.1 no pase de una somera explicación (132), según la que el interno debe residir en el centro y realizar en el exterior varias actividades. Parca es la Ley, pero como señala la Fiscalía General del Estado, a pesar del silencio del Texto legislativo, ha de entenderse que los menores estarán sujetos al programa y régimen interno del centro (133), tal como, por lo demás, se subraya en la Exposición de Motivos de la LORRPM, la cual igualmente añade que en el internamiento en régimen semiabierto existirá un proyecto educativo cuyos objetivos se alcanzarán en contacto con la comunidad (134), habida cuenta de que la intervención de toda ella se convierte en esencial para la ansiada socialización (135). Por tanto, en este internamiento «intermedio» (136), que exige salidas al exterior, la clave interpretativa no radica en el centro, sino en su entorno (137).

(129) «El futuro reglamento de la Ley penal del menor permitirá el disfrute de vis a vis», en <http://www.la-opinion.com>, viernes 30 de julio de 2004.

(130) Cfr. «Justicia suprime la alusión...», *cit.*, *loc. cit.*

(131) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *op. cit.*, p. 182.

(132) Cfr. VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 61.

(133) Cfr. *Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/2000, relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores*, en POLO RODRÍGUEZ, J. J., y HUÉLAMO BUEÑDÍA, A. J., *La nueva Ley penal del menor*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2001, p. 142.

(134) Cfr. Exposición de Motivos III, §16, párrafo tercero.

(135) Cfr. Grupo de Estudios de Política Criminal, «Manifiesto...», *cit.*, p. 16.

(136) CADENA SERRANO, F. A., *op. cit.*, p. 73.

(137) Cfr. POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, p. 159.

Siguiendo el orden relativo a la restricción de derechos que establece el artículo 7.1 LORRPM, el internamiento en régimen semiaabierto, por la limitación de libertad que comporta, representa la segunda medida más grave de las previstas para los menores (138). De modo que constituiría una suerte de «*prisión atenuada*» (139).

Si ello es así, alguna distinción debe mediar entre los internamientos en régimen cerrado y semiaabierto. Ésta, se dijo, podría ser que, además de realizarse actividades fuera del centro, desde el principio de la ejecución, el joven disfrute de salidas durante los fines de semana, siempre que lo permita su situación familiar (140). Sin embargo, ni la antigua Ley ni la actual abordaron tales salidas, sino que, primeramente, quedaron en manos del juez y luego del futuro reglamento (141), con lo que el poder legislativo hizo *derelictio* o abandono de sus funciones. Así, reglamentariamente se vino a trazar la delimitación, según hemos visto, en la admisibilidad de salidas de fin de semana o programadas, permisos ordinarios y extraordinarios sin autorización judicial (142).

Por último, los centros semiaabierto estarán dotados de los equipos y servicios idóneos para satisfacer en el internado las necesidades juveniles de formación, educativas, laborales y lúdicas, dejando siempre a salvo, naturalmente, que algunas actividades puedan desarrollarse fuera del centro (143).

C) Régimen abierto

De la misma manera que ocurría con los otros encierros, la LORRPM ofrece, frente al silencio de la LO 4/1992, una noción de esta modalidad de internamiento (144), la cual implica que serán los servicios normalizados del entorno los lugares en los que se realice la totalidad de las actividades referentes al proyecto educativo. Además, el menor tendrá su domicilio habitual en el centro, a cuyo programa y régimen interno estará sometido (145). Sobre el contenido de seme-

(138) Cfr. VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 61.

(139) *Ibidem*.

(140) Cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 925; CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 169; ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *op. cit.*, p. 183.

(141) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores, cit.*, pp. 221 y 222; del mismo autor, «Medidas aplicables...», *cit.*, p. 69.

(142) *Vid.* artículos 45-48 del Real Decreto 1774/2004.

(143) Cfr. *Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/2000, cit.*, p. 142.

(144) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *op. cit.*, p. 182.

(145) Cfr. letra c) del artículo 7.1.

jante medida nada añade la Exposición de Motivos a la LORRPM (146), que se limita a reproducir literalmente la dicción del artículo 7.1.c), excepto el inciso «*con sujeción al programa y régimen interno*» del centro, que omite.

Así las cosas, la claridad brilla por su ausencia (147), pues pudiera parecer que el internamiento en régimen tanto semiabierto como abierto «*significan exactamente lo mismo*» (148), dado que en ambos casos el joven reside en el centro y se llevan a cabo actividades en el exterior (149). No obstante, si bien no puede afirmarse que un internamiento sea «*sustancialmente diferente*» (150) del otro, el tenor literal del artículo 7.1. c) da pie para distinguir las dos privaciones de libertad (151), por cuanto que en el régimen abierto «*todas las actividades*» se desarrollarán en los servicios normalizados del entorno. Por consiguiente, los centros abiertos, generalmente, «*carecerán de unos servicios educativos propios*» (152).

Además, esta interpretación se refuerza por el reglamento, que al describir el régimen semiabierto añade a la dicción del artículo 7.1.b) LORRPM que las actividades a realizar fuera del centro serán «*alguna o algunas*» (153). Otras distinciones entre los regímenes semiabierto y abierto se relegan a la degradación reglamentaria. Concretamente, los permisos de salida ordinarios por año podrán alcanzar, según el tipo de encierro, cuarenta o sesenta días (154); respecto a las salidas de fin de semana, en el régimen abierto los internos normalmente disfrutarán de todos los del mes (155), pero en el semiabierto, por regla general, sólo se gozará de una salida mensual durante el primer tercio

(146) Vid. Exposición de Motivos III, §16, párrafo cuarto.

(147) Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 124; DEFENSOR DEL PUEBLO, *op. cit.*, pp. 284, 359 y 360; HAVA GARCÍA, E., y RÍOS CORBACHO, J. M., *op. cit.*, p. 156.

(148) ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *op. cit.*, p. 183.

(149) *Ibidem*.

(150) LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores, cit.*, p. 222; del mismo autor, «Medidas aplicables...», *cit.*, p. 70.

(151) Cfr. *Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/2000, cit.*, p. 142; CADENA SERRANO, F. A., *op. cit.*, p. 73; CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 926; CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 124; HIGUERA GUIMERÁ, J.-F., *op. cit.*, p. 342; LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *op. cit.*, pp. 63 y 64.

(152) *Ibidem*.

(153) Artículo 25.1 del reglamento, precepto que contesta negativamente la pregunta planteada por POLAINO NAVARRETE (cfr. *op. cit.*, p. 159) sobre la posibilidad de que en el régimen semiabierto todas las actividades del proyecto educativo se realizasen en el exterior.

(154) Cfr. artículo 45.2.

(155) Cfr. artículo 46.3.

del internamiento y de dos a lo largo del resto del régimen semiaabierto (156) ¡Demasiadas restricciones en la privación de libertad para no contar con el parlamento! Por fortuna, la formulación reglamentaria definitiva, fiel al proyecto de 11 de junio de 2002, admite excepciones en materia de salidas de fin de semana (157).

El internamiento en régimen abierto debe aportar al menor un marco de educación próximo al normalizado (158) y entraña, aparte de un programa personalizado, controles de acompañamiento y de las obligaciones escolares (159).

En realidad, se mantiene el internamiento abierto de la vieja legislación tutelar de menores, en la cual los centros abiertos equivalían a los de protección (160). El envío de jóvenes a establecimientos de protección como medida educativa de naturaleza penal resulta, empero, improcedente, ya que la mencionada remisión tendría que obedecer a un estado de desprotección, en cuyo caso las entidades públicas de protección de menores deberían haber actuado con independencia de que concurren injustos típicos (161). Utilizar centros de protección, a modo de sucedáneos, para ejecutar internamientos en régimen abierto, ante la falta de centros específicos, supone confundir situaciones de desprotección y cumplimiento de medidas (162). Se impone, por tanto, una clara delimitación de los centros abiertos y los de protección, que actualmente «*poco se diferencian*» (163), pues debe distinguirse entre la procura de ambientes afectivos y pedagógicos ante situaciones de desamparo y los programas coactivos de resocialización (164). Así las cosas, debe denunciarse la remisión, durante los años 2001 y 2002, de menores internados en virtud de la LORRPM a centros de protección navarros, valencianos y baleares (165).

En otro orden de ideas, merecen ser criticados un par de aspectos en la LORRPM; por una parte, que la regla 3.^a del artículo 9 prevea una duración máxima idéntica tanto para los regímenes abierto y semiaabierto como para otras medidas menos graves (166), lo que supone una clara lesión del principio de proporcionalidad; de otro lado, que la Ley

(156) *Ibidem*.

(157) Cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, pp. 925 y 926.

(158) Cfr. VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 62.

(159) *Ibidem*.

(160) Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *op. cit.*, p. 183.

(161) *Ibidem*. Así también cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, pp. 926 y 927.

(162) Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 169.

(163) LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *op. cit.*, p. 64.

(164) *Ibidem*.

(165) Cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO, *op. cit.*, p. 365.

(166) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *op. cit.*, p. 182.

no impida que las acciones u omisiones imprudentes –ni siquiera las menos graves (167)– puedan ser castigadas con internamientos abiertos o semiabiertos (168), encierro del delincuente juvenil negligente que no se concilia con sus necesidades educativas (169).

Finalmente, añade el reglamento que el tiempo mínimo de permanencia en el centro será de ocho horas, con obligación de pernoctar en él, salvo cuando se realicen actividades formativas o laborales en el exterior que requieran dormir fuera, en cuyo caso sólo se acudiría al centro para cumplir con el programa individualizado, las entrevistas y los controles presenciales (170), redacción que recuerda a la del artículo 86.4 del reglamento penitenciario, aunque sorprende que, a diferencia de este precepto, no se aluda a los mecanismos telemáticos de vigilancia (171), sobre todo después del impulso que experimentaron en la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. También se incorpora en el reglamento a la Ley penal del menor una posible evolución del internamiento en régimen abierto hacia «viviendas o instituciones de carácter familiar ubicadas fuera del recinto del centro» (172), inspiradas en las unidades dependientes (173) del reglamento penitenciario (174). Esperemos que tal desarrollo reglamentario en la concepción de los centros juveniles no incline la balanza a favor de un modelo carcelario (175). No obstante, si la distinción radica en el carácter familiar, será necesaria una mayor diligencia de la Administración al designar los encargados del acogimiento que la prestada hasta ahora respecto a la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (176), que sólo representó el 0,08 por ciento de todas las medidas impuestas en España durante el año 2001, escasísima aplicación que ya motivó una propuesta de supresión, del catálogo contemplado en el artículo 7 LORRPM, por parte del defensor del pueblo (177).

(167) Cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 927.

(168) *Vid.* regla 6.ª del artículo 9.

(169) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *op. cit.*, p. 183.

(170) Cfr. artículo 26.3.

(171) Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 169, en relación con el borrador de reglamento de junio de 2001.

(172) Artículo 26.4.

(173) Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 170.

(174) *Vid.* artículos 80.4 y 165 a 167 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

(175) Cfr. GUINARTE CABADA, G., *op. cit.*, p. 436.

(176) Cfr. VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 65.

(177) Cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO, *op. cit.*, pp. 294 y 381.

D) Internamiento terapéutico

Nos hallamos ante una variante del internamiento, pero de índole terapéutica (178), que la derogada normativa tutelar (179) regulaba, alternativamente (180), con el tratamiento ambulatorio (181). La LORRPM, con mayor acierto, contempla de forma separada las dos medidas, porque obedecen a «*problemas con orígenes y tratamientos distintos*» (182), aunque ambas también representan las únicas consecuencias jurídicas de las que se puede predicar el carácter de verdaderas medidas de seguridad (183), pues responden exclusivamente a los fines de prevención especial relativos a la recuperación y tratamiento de los jóvenes infractores (184).

La esencia de tal internamiento reside en una programación terapéutica, pedagógica y asegurativa (185), ya que en los centros terapéuticos, de conformidad con la letra *d*) del artículo 7.1 LORRPM, se prestará una atención educativa especializada o serán tratados de manera específica delincuentes juveniles con anomalías o alteraciones psíquicas (186), alcohólicos o drogadictos (187), o que padezcan alteraciones perceptivas que alteren gravemente la conciencia de la realidad (188). Es decir, este internamiento procede cuando la adicción o las disfunciones en la psiquis del menor requieren un contexto estructurado para la terapia y, a la vez, no se dan las condiciones personales o ambientales de tratamiento ambulatorio, ni la situación de riesgo que implica el internamiento en régimen cerrado (189). No obstante, definir el encierro terapéutico por exclusión del internamiento en régimen cerrado, como hace la Exposición de Motivos (190), no casa con

(178) Cfr. AGUIRRE ZAMORANO, P., «Medidas aplicables...», cit., p. 217.

(179) *Vid.* medida sexta del artículo 17.

(180) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, cit., p. 225; del mismo autor, «Medidas aplicables...», cit., p. 72.

(181) Cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 928; LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *op. cit.*, p. 65.

(182) VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 62.

(183) Cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, *loc. cit.*; CRUZ BLANCA, M. J., «La responsabilidad...», cit., p. 500; GÓMEZ RIVERO, M. C., *op. cit.*, p. 181; HIGUERA GUIMERÁ, J.-F., *op. cit.*, pp. 341 y 347; JUDEL PRIETO, A., en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, p. 725.

(184) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *op. cit.*, *loc. cit.*

(185) Cfr. POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, p. 160.

(186) *Vid.* artículo 20, número primero, del Código penal vigente.

(187) *Vid.* núm. 2.º del artículo 20.

(188) *Vid.* artículo 20, número tercero.

(189) Cfr. Exposición de Motivos III, § 16, párrafo quinto.

(190) *Ibidem.*

el carácter de medida asistencial, en la que debería primar la dolencia o anomalía (191). Por lo demás, nada obliga a asimilar esta terapia al internamiento en régimen cerrado sino que, según los sujetos, los aseguramientos también podrán ser de tipo abierto o semiabierto (192).

A continuación, la Ley establece que el internamiento terapéutico puede imponerse solo o como complemento de otra medida del artículo 7 (193), prescripción aparentemente antinómica, por cuanto que si concurren las eximentes previstas en los tres primeros números del artículo 20 del texto punitivo únicamente podrán aplicarse medidas terapéuticas (194). Mas la antinomia desaparece al constatarse que es posible el encierro terapéutico en caso de que la dependencia o las disfunciones psíquicas se estimen como eximentes incompletas o atenuantes analógicas (195). Incluso, cabe semejante internamiento, a título de medida principal y única, respecto a jóvenes imputables (196), obviamente, siempre que lo aconsejen sus circunstancias personales (197), ya que esta consecuencia jurídica debe guardar relación con problemas psíquicos o dependencias del alcohol, las drogas o las sustancias psicotrópicas (198).

Asimismo, dispone la LORRPM que el rechazo del tratamiento deshabitador implica la imposición de otra medida adecuada a las circunstancias del menor (199). De suerte que la norma distinga la reacción ante las anomalías o alteraciones psíquicas de la forma de tratar las adicciones (200). En estas últimas, a diferencia de la anterior regulación (201), opera el consentimiento del interesado, pues en caso de que se oponga a la deshabitación el juez, «necesariamente» (202), aplicará otra medida, previsión que comporta un enfrentamiento realista a la evidencia de que la eficacia del tratamiento depende de la

(191) Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 127.

(192) *Ibidem*.

(193) Cfr. inciso segundo del artículo 7.1.d).

(194) *Vid.* artículo 5.2 y regla séptima del artículo 9 LORRPM.

(195) Cfr. *Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/2000*, cit., p. 142; CADENA SERRANO, F. A., *op. cit.*, pp. 81 y 82; CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 928; HIGUERA GUIMERÁ, J.-F., *op. cit.*, p. 347; JUDEL PRIETO, A., en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, p. 725; LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *op. cit.*, p. 65.

(196) Cfr. CEZÓN GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 53.

(197) Cfr. AGUIRRE ZAMORANO, P., «Medidas aplicables...», cit., p. 217.

(198) Cfr. CEZÓN GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, *loc. cit.*

(199) Cfr. artículo 7.1.d), *in fine*.

(200) Cfr. *Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/2000*, cit., p. 142.

(201) Cfr. VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 62.

(202) LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, cit., p. 225; del mismo autor, «Medidas aplicables...», cit., p. 72.

colaboración del menor (203), de ahí que la gran dificultad de cualquier intervención terapéutica radique en contar con la voluntad del infractor juvenil (204).

Sin embargo, en las anomalías o alteraciones psíquicas, a juicio de la Fiscalía General del Estado, la patología cognitiva y volitiva fuerza a prescindir de la opinión de un incapaz para prestar auténtico consentimiento (205). Mas, si se toma en consideración el hecho de que la «buena predisposición» (206) y la voluntariedad también desempeñan un importante papel en el tratamiento psicológico o psiquiátrico (207), así como el dato de que es posible el internamiento terapéutico de jóvenes imputables, tal vez hubiese sido oportuno que el legislador, igualmente, dispusiera la obligatoria aplicación de otra medida cuando el interesado rechace el tratamiento contra las anomalías o alteraciones psíquicas.

Por lo que al momento en que haya de manifestarse la oposición se refiere, nada dice la LORRPM. En consecuencia, se puede rechazar el internamiento terapéutico tanto antes como después de la sentencia (208). Sería deseable, en aras a evitar el inicio de una ejecución que se frustrará, que el consentimiento se prestase con anterioridad a la sentencia; por ello los fiscales, siempre que soliciten un tratamiento de deshabitación, deberían interrogar al menor, en la fase de audiencia (209), sobre la aceptación (210). No obstante, también cabrá el rechazo del internamiento terapéutico iniciada ya la ejecución de la sentencia, dando paso a la sustitución por otra medida (211), puesto que resulta intolerable una deshabitación a la fuerza (212).

En tal sentido ahora el reglamento especifica que, si una vez iniciado el tratamiento deshabitador el menor lo abandona o rechaza

(203) *Ibidem*.

(204) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *op. cit.*, p. 181.

(205) Cfr. *Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/2000*, cit., pp. 142 y 143; CADENA SERRANO, F. A., *op. cit.*, p. 82; LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *op. cit.*, p. 65.

(206) CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 929.

(207) Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *op. cit.*, p. 184. En el mismo sentido CERVELLÓ DONDERIS y COLÁS TURÉGANO (cfr. *op. cit.*, pp. 127 y 171) resaltan la condena al fracaso de cualquier tratamiento que no cuente con el menor y ponen el acento tanto en el estímulo de su participación como en el rechazo de medios coactivos, que deben ser sustituidos por la persuasión o, en último extremo, por los sedantes.

(208) Cfr. CADENA SERRANO, F. A., *op. cit.*, pp. 82 y 83.

(209) *Vid.* artículo 37.2.

(210) Cfr. *Circular de la Fiscalía General del Estado número 1/2000*, cit., p. 143.

(211) *Ibidem*.

(212) Cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, pp. 929 y 930; HIGUERA GUIMERÁ, J.-F., *op. cit.*, p. 348.

someterse a los pertinentes controles, la entidad pública suspenderá el internamiento terapéutico (213).

Igualmente, se dispone por vía reglamentaria la necesaria autorización judicial para conceder salidas y permisos a los menores en internamiento terapéutico que, con idéntico requisito, podrán ser dejadas sin efecto cuando el menor incumpla las condiciones que se le hayan fijado (214).

Más desatinada resultaba la dicción del artículo 59 en el proyecto del reglamento, que establecía la aplicación de las normas disciplinarias a los internados en régimen cerrado, semiabierto y abierto (215), pero no para los internamientos terapéuticos cuando el menor no hubiese podido «comprender la ilicitud de los hechos o actuar conforme a aquella comprensión» (216). De manera que el sometimiento al régimen disciplinario de los semiimputables internados terapéuticamente no quedaba claro, pues mientras el apartado segundo del artículo 59, al no aludir a los internamientos terapéuticos, parecía excluirlo, su tercer apartado sugería la admisión. Sin embargo, el texto definitivo de dicho precepto, publicado en el *BOE* el 30 de agosto de 2004, despeja las dudas al mencionar expresamente la aplicación del régimen disciplinario a los menores que cumplan la medida de internamiento terapéutico, salvo mientras no puedan comprender su ilícito comportamiento o comportarse según tal entendimiento. Con todo, el reglamento se olvida en esta sede de los problemas de alcoholismo y drogadicción, pues parece someter al régimen disciplinario durante los momentos de inimputabilidad a los intoxicados plenos por alcohol o drogas y a los que se encuentren bajo la influencia de un síndrome de abstinencia.

En cuanto a los centros, no se exige que sean distintos de los establecimientos para adultos, pero los «*nefastos resultados*» (217) de internamientos conjuntos hablan a favor de que se requiera un cumplimiento en centros diferenciados (218). La falta de lugares específicos

(213) Cfr. artículo 27.3.

(214) Cfr. artículo 50. El borrador de reglamento también exigía, para conceder o revocar dichas salidas y permisos, informes previos de la entidad pública que ejecutase el internamiento así como de la fiscalía, exigencias que han sido sustituidas en la redacción final por una referencia al artículo 44 LORRPM, que suaviza las obligaciones de elaborar informes para convertirlas en meras audiencias.

(215) Cfr. artículo 59.2 del proyecto de Real Decreto ofrecido por LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *op. cit.*, p. 457. Mucho más sorprendente resultaba la elipsis operada en el artículo 59.3 de semejante proyecto, la cual alumbraba una esperpéntica creatura: la «*alteración psíquica en la percepción*» (*ibidem*).

(216) Artículo 59.3.

(217) ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *op. cit.*, p. 184.

(218) *Ibidem*.

para la ejecución del internamiento terapéutico (219) constituye, empero, una «*dificultad común a otras medidas*» (220) y la experiencia nacional no permite ser optimistas (221) habida cuenta de que, aun cuando la LO 4/1992 acogía el ingreso en un centro de carácter terapéutico, semejante consecuencia jurídica no alcanzó correcta aplicación en España por carecer de establecimientos de este tipo destinados específicamente a los menores (222).

En suma, ya es hora de que se salven escollos presupuestarios (223) y, según disponen las Directrices de Riad (224), se destinen fondos suficientes (225) para proporcionar, de una vez por todas, instalaciones y personal que presten «*servicios adecuados de atención médica, salud mental, nutrición, vivienda y otros servicios necesarios, en particular la prevención y tratamiento del uso indebido de drogas y alcohol*» (226).

III. PERMANENCIA DE FIN DE SEMANA

La privación de libertad discontinua, con su «*efecto de shock*» (227), viene a sustituir al breve internamiento contemplado en el Texto refundido de 1948 (228) y, asimismo, se corresponde con la medida que la LO 4/1992 describía como internamiento de uno a tres fines de

(219) Cfr. AGUIRRE ZAMORANO, P., «Las medidas», cit., p. 84; CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 171 y nota 88, en la que aluden a la ausencia absoluta de centros para los menores con problemas mentales y a la existencia de algún convenio con el Proyecto Hombre respecto a los delincuentes juveniles toxicómanos; DEFENSOR DEL PUEBLO, *op. cit.*, pp. 56, 119, 149 y 366, que sólo se refiere a tres centros en Galicia, Castilla-La Mancha y Valencia, únicas comunidades en las que se pueden aplicar programas terapéuticos en régimen cerrado; HAVA GARCÍA, E., y RÍOS CORBACHO, J. M., *op. cit.*, p. 158.

(220) GÓMEZ RIVERO, M. C., *op. cit.*, p. 181.

(221) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, cit., p. 225; del mismo autor, «Medidas aplicables...», cit., p. 72.

(222) Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *op. cit.*, p. 184.

(223) Cfr. HAVA GARCÍA, E., y RÍOS CORBACHO, J. M., *op. cit.*, p. 158.

(224) Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

(225) Cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 930; DEFENSOR DEL PUEBLO, *op. cit.*, pp. 385, 388 y 392.

(226) Artículo 45.

(227) MIDDENDORFF, W., *op. cit.*, p. 258.

(228) Cfr. AGUIRRE ZAMORANO, P., «Medidas aplicables...», cit., p. 210; del mismo autor, «Las medidas», cit., p. 87.

semana (229), sanción que se regulaba, alternativamente (230), junto con la amonestación en el artículo 17.1.^a (231). Tanto el breve internamiento de la normativa de 1948, como la primera medida del artículo 17 habían sido criticados por la inseguridad jurídica que entrañaban, pues el primero no concretaba la duración máxima ni mínima del castigo y la segunda nada decía sobre la forma y el lugar de cumplimiento (232).

Frente a la anterior legislación, la LORRPM obliga, mediante esta consecuencia jurídica, a que el menor permanezca en su domicilio o en un centro hasta treinta y seis horas entre el viernes por la tarde y la noche dominical, salvo el tiempo que emplee en las tareas socio-educativas (233). De manera que legalmente sólo se fija un tope máximo, con lo que se faculta al juez para reducir el período de permanencia (234).

En punto a la denominación, debe subrayarse que la Ley se hizo eco del informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial, ya que se sustituyó la voz «arresto», que figuraba en el anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia juvenil, por la locución «permanencia de fin de semana», habida cuenta de que, según refleja el mencionado informe, «*es innecesario recurrir a un concepto de inevitables resonancias peyorativas cuando de menores se trata*» (235).

Respecto al lugar de ejecución, la privación de libertad discontinua puede cumplirse, a tenor de la letra g) del artículo 7.1, en el domicilio del joven o en un centro. Sin embargo, la Exposición de Motivos sólo recoge como posibilidad ejecutiva la permanencia del menor en su hogar (236), «clara» (237) «contradicción» (238) o «flagrante desarmonía» (239) que obedece a la incuria de diputados y senadores. Tamaña disparidad, naturalmente, debe solucionarse dando prevalencia

(229) Cfr. GÓMEZ RIVERO, M. C., *op. cit.*, p. 180.

(230) Cfr. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *op. cit.*, p. 71.

(231) Cfr. VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *op. cit.*, p. 63.

(232) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, cit., p. 229; del mismo autor, «Medidas aplicables...», cit., p. 75.

(233) Cfr. artículo 7.1.g).

(234) Cfr. CADENA SERRANO, F. A., *op. cit.*, p. 84.

(235) CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de la Justicia de menores*, de 12 de noviembre de 1997, en *Responsabilidad penal de los menores (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores)*, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 144-1, de 3 de noviembre de 1998, p. 184.

(236) Cfr. Exposición de Motivos III, § 21.

(237) CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 933.

(238) CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 125.

(239) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, cit., p. 228; del mismo autor, «Medidas aplicables...», cit., p. 75.

a la más amplia respuesta del texto articulado (240). En este mismo sentido se interpretó el silencio de la normativa derogada, pues la Fiscalía General del Estado, en su instrucción 1/1993, admitía tanto el ingreso del menor en un centro como la permanencia en su domicilio (241). Con todo, este régimen de cumplimiento difiere del establecido, hasta octubre de 2004, en el Código penal de 1995 para el arresto de fin de semana –pena que la Ley Orgánica 15/2003 dice que «suprime» (242), pero lo cierto es que, al olvidarse el legislador de noviembre de 2003 de modificar en el Texto punitivo tanto la letra e) como la i) de la disposición transitoria undécima, subsiste en el Derecho penal de adultos la sustitución de los arrestos mayores y menores contemplados en la legislación penal especial y procesal por arrestos de fin de semana (243)–, dado que ni el artículo 37.2 del nuevo Texto punitivo ni el Real Decreto regulador de tal consecuencia jurídica (244) permiten la ejecución de semejante pena privativa de libertad en el domicilio del condenado (245), bien sea por su déficit intimidatorio, bien se deba al difícil control, o bien porque la Ley penal vigente hasta el 1 de octubre prescinde, con carácter general, del arresto domiciliario, sanción que el Texto refundido de 1973 acogía en su artículo 85. También se distingue la medida de permanencia frente a la pena de arresto de fin de semana

(240) *Ibidem*.

(241) Cfr. CADENA SERRANO, F. A., *op. cit.*, p. 85; GÓMEZ RIVERO, M. C., *op. cit.*, p. 181; HAVA GARCÍA, E., y RÍOS CORBACHO, J. M., *op. cit.*, p. 159 y nota 204.

(242) Exposición de Motivos, II, letra c).

(243) Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A., *op. cit.*, p. 71, nota 51. Sobre las altísimas cotas de deficiencia en la técnica de tipificación alcanzadas por la Ley Orgánica 15/2003 *vid.* ABEL SOUTO, M., «Discordancias y errores introducidos en el Código penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003 que, antes de su entrada en vigor, deben ser erradicados del Texto punitivo», en *La Ley Penal*, que indica más de un centenar de defectos técnicos. En torno a la política criminal errática e ineficaz de los últimos ocho años y el inusitado furor legislativo que en tal período ha llevado a diecisiete reformas *vid.* MESTRE DELGADO, E., «La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en Derecho penal», *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 1, enero de 2004, pp. 7-17.

(244) *Vid.* artículo 12 del RD 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana, *BOE* de 17 de mayo de 1996 (corrección de errores en el *BOE* de 2 de agosto).

(245) *Vid.* LORENZO SALGADO, J. M., «Penas privativas de libertad. Referencia especial al arresto de fin de semana», en POZA CISNEROS, M. (Dir.), *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 54, con ulteriores referencias bibliográficas en la nota 77; del mismo autor, «Las penas privativas de libertad en el nuevo Código penal español (Especial referencia al arresto de fin de semana)», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XX, 1997, p. 192, núm. 78.

en que la LORRPM no admite la ejecución en los depósitos municipales (246). Por último, la Ley penal del menor y el Texto punitivo de 1995 coinciden en descartar los centros policiales como lugar de cumplimiento de las aludidas consecuencias jurídicas (247).

Evidentemente, el cumplimiento domiciliario debe gozar de cierta preferencia, al evitar dificultades de desplazamientos e involucrar al núcleo familiar en la ejecución de la medida, pues se precisa la colaboración activa de padres, tutores y guardadores (248). Sin embargo, a veces la negativa o incapacidad de la familia conduce al cumplimiento en un centro, que no ha de implicar una ejecución más gravosa, sino únicamente suplir la falta de un adecuado ambiente domiciliario (249).

En cuanto a la duración de la permanencia de fin de semana, se aprecia otra contradicción entre la Exposición de Motivos, a cuyo tenor la medida abarca «*desde la tarde o noche del viernes hasta la noche del domingo*» (250), esto es, al menos cuarenta y ocho horas, y el artículo 7.1.g), según el cual la permanencia dura «*hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo*». La mencionada antinomia encuentra explicación en la desidia de un legislador que se olvida de cambiar la dicción de la Exposición de Motivos que precedía al anteproyecto, mientras que acepta en el texto dispositivo la atinada recomendación del Consejo General del Poder Judicial, que propuso sustituir la preposición «desde» por «entre», para que la permanencia de fin de semana no tuviese una extensión superior a la del arresto contemplado en el artículo 37 CP, es decir, treinta y seis horas (251), de conformidad con el principio relativo a que la duración de la medida juvenil no debe exceder del tiempo que hubiese alcanzado la pena en el régimen punitivo de los mayores, que ahora se recoge en el párrafo segundo del artículo 8 LORRPM (252).

(246) Cfr. AGUIRRE ZAMORANO, P., «Medidas aplicables...», cit., p. 210, en relación con la LO 4/1992; CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 933; HAVA GARCÍA, E., y RÍOS CORBACHO, J. M., *op. cit.*, p. 160; LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *op. cit.*, p. 71.

(247) *Ibidem.*

(248) Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 153.

(249) *Ibidem.*

(250) Exposición de Motivos III, § 21.

(251) Cfr. Consejo General del Poder Judicial, *Informe al anteproyecto...*, cit., pp. 184 y 185.

(252) Vid. ABEL SOUTO, M., «Los menores, el principio acusatorio y la proporcionalidad penal en la Ley Orgánica 5/2000», *Actualidad Penal*, núm. 43, 2003, pp. 1071-1099; del mismo autor, «La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la Ley penal del menor», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXIV, 2002-2003, pp. 7-57.

Por tanto, la disfunción también ha de ser resuelta, obviamente, a favor del texto articulado (253).

Asimismo, la redacción del artículo 7.1.g) adolece de redundancia, pues, toda vez que se permite el cumplimiento entre la tarde del viernes y la noche del domingo, sobra la alusión a la noche del viernes. No obstante, el principio de vigencia obliga a buscar una interpretación que dé valor a las palabras de la norma (254), que «*otorgue sentido a todos los términos utilizados*» (255). De manera que la referencia a la noche del viernes, por una parte, pretende asegurar que también en ese momento puede iniciarse la ejecución de la permanencia de fin de semana y, de otro lado, quiere poner de manifiesto el objetivo principal que el legislador persigue con esta medida: privar los viernes y sábados de las salidas nocturnas a los jóvenes delincuentes, puesto que tales períodos de distensión degeneran, con más frecuencia que otros momentos, en actos de destrucción y agresiones. En esta línea la Exposición de Motivos considera idónea la privación de libertad discontinua para aquellos que «*cometen actos de vandalismo o agresiones leves en los fines de semana*» (256).

Igualmente, conviene destacar que la LORRPM «*se muestra más estricta que el Código Penal respecto a los días de cumplimiento*» (257), ya que el artículo 37.2 del texto punitivo acoge una doble posibilidad ejecutiva, a saber: que el arresto se cumpla durante los viernes, sábados o domingos, o bien, en caso de que lo aconsejen las circunstancias, en otros días de la semana (258), acertada previsión «*dadas las distintas condiciones laborales o personales de los sujetos*» (259). Sin embargo, la Ley de enero de 2000 sólo contempla una monolítica ejecución entre los días que consi-

(253) Cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 933.

(254) Cfr. COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 120.

(255) CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 250.

(256) Exposición de Motivos III, § 21.

(257) LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, cit., p. 231; del mismo autor, *Medidas aplicables...*, cit., p. 77.

(258) Cfr. LORENZO SALGADO, J. M., «El arresto de fin de semana como pena privativa de libertad de cumplimiento discontinuo», en CEREZO MIR, J.; SUÁREZ MONTES, R. F.; BERISTAIN IPIÑA, A., y ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999, p. 599.

(259) LORENZO SALGADO, J. M., *Penas...*, cit., p. 53; del mismo autor, *Las penas...*, cit., p. 191.

dera fin de semana (260). Por consiguiente, no se fomenta la continuidad de los jóvenes en sus primeros trabajos (261), los cuales suelen concentrar la mayor actividad de viernes a domingo y en los que el período de descanso coincide a lo largo de la semana, así ocurre, por ejemplo, con los camareros, acomodadores, porteros de discoteca, socorristas o repartidores de comida a domicilio. Probablemente, para evitar dichas sinrazones se ha defendido la posibilidad de que el juez ordene el cumplimiento en otros días de la semana (262), entendimiento que, pese a sus loables intenciones, constituye una interpretación *contra legem* inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico.

Además, se ha sugerido el cumplimiento de esta medida en semanas no consecutivas y distintas de la Navidad, Semana Santa o puentes (263). Mas parece que la ejecución discontinua debe realizarse en semanas seguidas y no alternas, por cuanto que en caso contrario nada impediría una dilatada e insatisfactoria cadencia mensual o trimestral (264) perjudicial para el interés del menor (265).

Tampoco se ha visto por alguna jueza impedimento legal, cuando el menor lo solicite, en que la permanencia se cumpla de forma sucesiva (266). Tal interpretación ignora que la garantía de ejecución proscrib el cumplimiento de medidas de forma distinta a la legalmente prevista, pues la LORRPM sólo dispone la ejecución ininterrumpida en caso de quebrantamiento (267), amén de que semejante régimen ejecutivo desnaturalizaría la medida que nos ocupa, caracterizada por su discontinuidad o intermitencia, transformándola en una privación de libertad continua de corta duración.

Por otra parte, el internamiento de fin de semana contenido en la legislación tutelar derogada había sido objeto de la crítica doctrinal debido a «*su carencia de valor educativo*» (268), censura que también

(260) Cfr. HAVA GARCÍA, E., y RÍOS CORBACHO, J. M., *op. cit.*, p. 160.

(261) Cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 934; CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, p. 153.

(262) Cfr. LÓPEZ LÓPEZ, A. M., *op. cit.*, p. 71; MARTÍN SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, p. 443.

(263) *Vid.* LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, cit., p. 229, con indicaciones bibliográficas; del mismo autor, *Medidas aplicables...*, cit., p. 75.

(264) Cfr. LORENZO SALGADO, J. M., *El arresto de fin de semana...*, cit., p. 610, núm. 50.

(265) Cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 934.

(266) Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, p. 443.

(267) *Vid.* artículo 50.1.

(268) AGUIRRE ZAMORANO, P., *Medidas aplicables...*, cit., p. 210; del mismo autor, *Las medidas*, cit., p. 87.

padeció el *Freizeitarrest* alemán o arresto de tiempo libre (269). Seguramente por ello la LORRPM (270) prevé el acompañamiento de tareas socio-educativas a la permanencia discontinua (271), de suerte que se combinan elementos del arresto, las prestaciones en beneficio de la comunidad y, como no, de la medida de tareas socio-educativas (272). Así pues, a diferencia del Código Penal (273), no se ignoran las exigencias preventivo-especiales y se evita que la permanencia quede reducida a un simple aislamiento (274).

En esta línea, el reglamento dispone la inmediata designación del profesional responsable de la ejecución cuando la permanencia de fin de semana se cumpla en el domicilio del menor (275), la entrevista del profesional con el delincuente juvenil para elaborar el programa individualizado de ejecución (276), en el que preceptivamente se propondrán tareas socio-educativas (277), así como la comunicación al joven del horario y lugar de presentación a los efectos de realizar tales actividades (278).

También resultan loables los esfuerzos reglamentarios por deslindar en sede de incumplimientos situaciones distintas, a saber: la no presentación el día o la hora señalados para iniciar la ejecución, el no retorno que impide continuar el cumplimiento y la fuga del centro o la ausencia no autorizada del domicilio durante los días y horas establecidos de permanencia (279).

(269) Vid. MEYER-HÖGER, M., *Der Jugendarrest. Entstehung und Weiterentwicklung einer Sanktion*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 12 y 13.

(270) Vid. artículo 7.1.g), *in fine*.

(271) Cfr. CARMONA SALGADO, C., *op. cit.*, p. 933; CERVELLÓ DONDERIS, V., y COLÁS TURÉGANO, A., *op. cit.*, pp. 125, 152 y 153; CEZÓN GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 56.

(272) Cfr. Exposición de Motivos III, § 21. Semejante amalgama de elementos no contribuye a la nítida delimitación de cada medida (cfr. POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, p. 161).

(273) Cfr. Consejo General del Poder Judicial, *Informe al anteproyecto...*, cit., p. 184.

(274) Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho penal de menores*, cit., p. 231; del mismo autor, *Medidas aplicables...*, cit., p. 76. Una minuciosa exposición sobre las dificultades que se le plantean a la pena de arresto de fin de semana para alcanzar la meta constitucional de la reeducación y reinserción social puede consultarse en LORENZO SALGADO, J. M., *Penas...*, cit., p. 40, núm. 48, p. 41, núm. 51, pp. 43 y 55, núm. 83; del mismo autor, *Las penas...*, cit., p. 179, núm. 49, p. 180, núm. 52; pp. 182 y 194, núm. 84; del mismo autor, *El arresto de fin de semana...*, cit., p. 609, núm. 48, p. 610, núm. 49 y p. 611.

(275) Cfr. regla tercera del artículo 10.1.

(276) Cfr. artículo 28.1.

(277) Cfr. artículo 28.2.

(278) Cfr. artículo 28.3.

(279) Cfr. artículo 14, letras a) y b).

Efectivamente, no todo incumplimiento debe implicar un automático quebranto de la medida que conduzca a la inexorable ejecución ininterrumpida del tiempo pendiente en el domicilio del menor, que recoge el artículo 50.1 LORRPM (280). En caso contrario nos hallaríamos ante un régimen de incumplimiento mucho más riguroso que el previsto para los adultos, hasta octubre de 2004, en el Código Penal, que únicamente dispone la ejecución ininterrumpida del arresto de fin de semana tras dos ausencias injustificadas y sólo con carácter facultativo (281). Lamentablemente, el artículo 50.1 LORRPM no concreta, respecto a la permanencia de fin de semana, el significado del término «*quebrantamiento*».

Por último, considera el reglamento como fecha de inicio de la ejecución «*el primer día de permanencia en el centro o en el domicilio*» (282). La fijación del *dies a quo* en el primer día de estancia domiciliaria no parece la más adecuada pues, tratándose del domicilio del menor, es obvio que ya habrá permanecido allí, previamente, durante largo tiempo.

(280) Precepto que, por lo demás, se olvida de especificar que, cuando se quebrante la permanencia de fin de semana que se ejecuta en un centro, el cumplimiento ininterrumpido procedería en el mismo centro y no en el domicilio del menor.

(281) Cfr. artículo 37.3 del texto punitivo, según la redacción dada antes de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

(282) Artículo 10.1, regla sexta, letra c).

¿Crisis de la Ley? La corrección de errores como fuente del Derecho Penal

MARIANO MELENDO PARDOS

Profesor Asociado de Derecho penal. UNED

SUMARIO: I. Introducción: la corrección del «BOE» de 16 de marzo de 2004.–II. ¿Resignación de la doctrina penal?–III. Las correcciones de errores: el Real Decreto 1511/1986 y sus límites: 3.1 Posición de la doctrina. 3.2 Posición de la jurisprudencia.–IV. Un análisis más detallado: 4.1 Concepto de error material: doctrina y jurisprudencia. 4.2 Algunas conclusiones. 4.3 Significado del contexto.–V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: LA CORRECCIÓN DEL «BOE» DE 16 DE MARZO DE 2004

Uno de los autores que más ha trabajado en nuestro país sobre teoría de la legislación ha podido decir, con razón, que «se ha convertido en un lugar común hablar de la crisis de la ley», mencionando, entre las muy diversas causas de ella, la «notable transformación de las *fuentes de creación del derecho*» (1). Aunque las reflexiones que vamos a exponer en las páginas siguientes sólo de modo muy marginal enlazan con las cuestiones a las que se refiere Díez Ripollés, sus palabras describen muy acertadamente el problema que queremos analizar: la sustancial transformación de las fuentes del derecho que supondría incluir en las mismas las correcciones de errores.

(1) Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp. 67 y ss. (los entrecomillados en pp. 67 y 68, respectivamente –cursiva en el original–).

Como seguramente sabe cualquier licenciado en derecho, dado que se estudia en prácticamente todas las asignaturas de la licenciatura, en nuestro ordenamiento jurídico las fuentes del Derecho son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, tal y como señala el artículo 1 del Código Civil. Pese a que los «tiempos legislativos que corren» pueden calificarse, sin duda, como «malos», al menos para el Derecho penal (2) –hasta el punto de que se ha podido hablar, con absoluto acierto, de «La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en derecho penal» (3)–, no se ha producido en esta materia reforma alguna –y creo que puede descartarse que, habiéndose producido, el autor de estas líneas no se haya percatado–. Así, podemos seguir partiendo, especialmente en Derecho penal, de que la ley es la principal fuente del Derecho (4).

Por supuesto, cualquier jurista sabe también que no hay nada menos sorprendente que el incumplimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico por particulares, jueces y tribunales e, incluso, el propio legislador. Quizá sólo cuando uno es todavía un ingenuo estudiante pueda sorprender que jueces, tribunales y legislador incumplan lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, mas, a poco que se avance en la licenciatura, y no digamos ya después de la misma, el conocimiento de casos en que ello es así elimina la sorpresa que inicialmente se producía y, al menos en mi caso, se traduce en preocupación. Dado que preocupación y resignación no son lo mismo –aunque así pueda parecer en algunos casos–, merece la pena reflexionar sobre las posibilidades de evitar actuaciones a todas luces inaceptables, que tampoco son precisamente novedosas en nuestra historia y derecho. Me refiero, claro está, a los casos en que se utiliza una corrección de errores para subsanar inadvertencias de los redactores, de modo que, como decía Pérez Serrano, «se intenta corregir como si fuera un fallo

(2) Así concluye GIMBERNAT ORDEIG, E., el *Prólogo* a la 9.ª ed. del *Código penal* de la editorial Tecnos; puede verse la referencia en la 10.ª edición de dicho Código, p. 29. Los diversos y duros calificativos con que nuestra doctrina se ha referido a las reformas penales del año 2003 pueden verse, sintéticamente, en ABEL SOUTO, M., «Discordancias y errores introducidos en el Código penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003, que deben ser erradicados del Texto punitivo», *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 11 (diciembre) 2004, pp. 63-65, cuyo título resulta suficientemente indicativo.

(3) Así MESTRE DELGADO, E., *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 1 (enero 2004), pp. 7 y ss.

(4) Sobre ello, por todos, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 186. No puede pasarse por alto, además, la práctica parlamentaria «que decide emplear la ley orgánica para legislar penalmente», como señala Díez RIPOLLÉS, *Racionalidad* (núm. 1), p. 72.

de la linotipia lo que realmente no lo es, y así *se prescinde arbitrariamente del procedimiento legal adecuado para modificar un texto que se aprobó en términos indebidos, pero que fue aprobado desde luego*» (5).

Ejemplos de esta forma de proceder no faltan en nuestra historia legislativa (6), mas a nosotros nos interesa uno que se ha producido muy recientemente. Hace algún tiempo tuve ocasión de ocuparme de las «extrañas» decisiones de nuestro legislador respecto a determinados supuestos de delincuencia patrimonial leve. Si la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, introducía dos nuevos párrafos en los artículos 234 y 244.1, por los que cuatro faltas pasaban a considerarse delito, dándose el resto de circunstancias exigidas, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, daba nueva redacción a los artículos 234 y 244.1, de modo que desaparecían los párrafos introducidos apenas un par de meses antes (7). Como estos preceptos de la Ley Orgánica 15/2003 no entraban en vigor hasta el 1 de octubre de 2004, aún quedaba la posibilidad de que la situación fuera solucionada, algo para lo cual, como señalé ya entonces, no era suficiente una mera corrección de errores en el «BOE». Sin embargo, el «BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2004, nos sorprendió precisamente con una corrección de errores en la que *modifica el contenido* de la Ley Orgánica 15/2003 y afirma que donde se refería al artículo 234, la referencia debe ser entendida aludiendo sólo al párrafo primero del artículo 234, y donde se hablaba del apartado primero del artículo 244, ha de entenderse ahora el párrafo primero del apartado 1 de dicho artículo.

De esta forma, con una mera corrección de errores quiere evitarse lo que, en mi opinión, era una consecuencia insoslayable de la Ley

(5) PÉREZ SERRANO, N., «Las erratas en las leyes», en *Escritos de Derecho político II*, Instituto de Estudios de Administración Local, Colección «Administración y ciudadano», Madrid, 1984, p. 850 (cursiva añadida). El artículo se publicó originalmente en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, volumen I, núm. 2, 1957.

(6) Además de los que menciona PÉREZ SERRANO, «Erratas» (núm. 5), pp. 850-851, puede verse también NIETO, A., «La autenticidad de las normas escritas», en *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 16, enero/marzo, 1978, pp. 5 y ss.; referencias a supuestos más recientes en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 366; SAINZ MORENO, F., «La publicidad de las normas», en *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. *Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, tomo I, pp. 137-138.

(7) Véase MELENDO PARDOS, M., «Bromas y veras en nuestra reciente legislación penal (Sobre la fugacidad de las nuevas figuras de acumulación de faltas patrimoniales)», *La Ley*, núm. 5.919, 23 de diciembre de 2003, pp. 14 y ss.

Orgánica 15/2003: la desaparición, el pasado 1 de octubre de 2004, de las «desafortunadas» (por no ser excesivamente crítico) figuras de acumulación de faltas en supuestos de hurto y hurto de uso de vehículos.

II. ¿RESIGNACIÓN DE LA DOCTRINA PENAL?

Más allá de la desfavorable acogida doctrinal que han tenido estas figuras (8), la reacción no ha sido, sin embargo, todo lo enérgica que cabría esperar y, de hecho, encontramos tanto posturas para las que la corrección de errores no altera la situación, de modo que las figuras han quedado derogadas —estableciéndose la lógica reserva del necesario pronunciamiento judicial— (9), como análisis que, descalifi-

(8) Véanse, en la literatura aparecida con posterioridad a la corrección de errores, CEREZO MIR, *Curso I* (n. 4), pp. 171-172 («grave infracción del principio de culpabilidad; fundamento de la agravación en la habitualidad, en la peligrosidad del delincuente») y *Curso de Derecho penal español. Parte General. III. Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, adenda de actualización (junio de 2004), p. 11 en relación con la p. 76; GONZÁLEZ RUS, J. J., en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 441-442, 480-481, en relación con las pp. 147-148, destacando los problemas de legitimidad que, en un derecho penal del hecho, plantea acudir a la peligrosidad y habitualidad del sujeto como fundamentos de una modalidad delictiva; ABEL SOUTO, «Discordancias y errores» (n. 2), p. 86; ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal (Parte General y Parte Especial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 543-545, refiriéndose a los problemas de aplicación de los preceptos en cuestión; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 382-383, 415-416, señalando la discutible utilidad práctica de los mismos y, especialmente, que evocan más la idea de un Derecho penal de autor que de un Derecho penal del acto; sobre los problemas de los preceptos, igualmente, SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte Especial*, 9.ª ed., Dykinson, Madrid, 2004, pp. 358 ss., 397; GARCÍA ARÁN, M., en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código penal. Parte Especial. Tomo I*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2004, pp. 641 ss., con referencias críticas a la habitualidad.

(9) En este sentido GUARDIOLA GARCÍA, J., «Corrección de errores en el BOE y principio de legalidad en materia penal», *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 10 (noviembre 2004), pp. 52, 54-55; JIMÉNEZ SEGADO, C., «La corrección de errores como técnica legislativa de política criminal», *Otrosí*, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 57 (mayo/junio 2004), pp. 14 y ss. A la derogación, salvo subsanación del error producido antes del 1 de octubre de 2004, se refería igualmente MUÑOZ CUESTA, J., «Los nuevos delitos de lesiones y contra el patrimonio motivados por la comisión de cuatro faltas», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* núm. 26/2003, *Comentario*, pp. 16-17; QUINTERO OLIVARES, G., «Comentario al artículo 234» y «Comentario al artículo 244», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.ª ed. (revisada, actualizada y puesta al día), Thomson-Aranzadi,

cando el procedimiento seguido o no, parten de la vigencia de las figuras «resucitadas» por medio de la corrección de errores a que nos referimos –lo que, hasta que se pronuncien los Tribunales es, a todas luces, correcto. El problema es que esta última referencia no suele aparecer– (10).

Pese a que en su momento yo mismo rechacé la posibilidad de acudir a una mera corrección de errores en el *BOE*, es cierto que no argumenté en exceso por qué. Por dos razones: por un lado, la imposibilidad de una corrección de errores me parecía evidente; por otro lado, estaba convencido de que mis reflexiones serían inútiles –como corroboraba cualquier penalista con el que comentase el problema–. Sin embargo, dado que la esperada corrección de errores no se producía, llegué a creer que no tendría lugar. Como es sabido, mi ingenuidad sólo pudo durar hasta el 16 de marzo de 2004, cuando la

Pamplona, 2004, pp. 1190-1191, 1218-1219, respectivamente, no reproduce los párrafos en cuestión, limitándose a señalar que los preceptos fueron modificados por la Ley Orgánica 15/2003, refiriéndose a que el antiguo párrafo 2.º del artículo 234 había sido añadido por la Ley Orgánica 11/2003 y a que el apartado 1 del artículo 244 había sido añadido por la Ley Orgánica 11/2003.

De hecho, la situación puede resultar bastante confusa. Así, en los *Comentarios* de Córdoba Roda y García Arán (núm. 8), se hace referencia al artículo 234. 1, párrafo 2.º (véase la nota anterior), pero no se reproduce el párrafo 2.º del apartado 1.º del artículo 244 (comentado por M.ª José MAGALDI PATERNOSTRO) –véanse pp. 699 ss.–. En el *Código penal y leyes penales especiales* de Thomson-Aranzadi, 10.ª ed., septiembre de 2004, edición actualizada por O. MORALES GARCÍA y R. FERNÁNDEZ PALMA, no se reproduce el apartado 2 del artículo 234, pero sí el apartado 2.º del párrafo 1.º del 244, indicándose simplemente, en ambos casos, que se trata de preceptos modificados por la LO 15/2003, pp. 175 y 178 –respectivamente–. Y, finalmente, *El Código penal comentado: [concordado jurisprudencia y doctrina, legislación penal especial y normas complementarias]*, Ediciones Deusto Jurídico, Barcelona, 2004, comentarios coordinados por CALDERÓN CEREZO, A., y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., no reproduce ninguno de los dos apartados en cuestión, pero sí los comenta, con referencias a la habitualidad (así, para el art. 234, pp. 509, 511 ss.; pp. 533 y 539 para el art. 244).

(10) Así, los autores citados en nota 8 que, en general, no hacen referencia alguna a la corrección de errores. Una excepción la constituye MUÑOZ CONDE, que en p. 383 se refiere a la corrección de errores como «un procedimiento bastante recusable» que aclaraba el «absurdo jurídico» que había producido la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003. También ABEL SOUTO «Discordancias», (núm. 2), p. 86, se refiere a la derogación y posterior resurrección por la corrección de errores. De ilegal e incluso «manifiestamente ilegal» corrección de errores hablan DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., y SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Prologo* a la 30.ª edición del *Código penal y legislación complementaria* de la editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 22 y nn. 112 bis y 127 bis (art. 234 párrafo 2.º y 244 apartado 1, párrafo 2.º, respectivamente), destacando en p. 22 que claro que había un error del legislador, pero que estos descuidos no pueden subsanarse por medio de una corrección de errores.

publicación de la corrección de errores da al traste con mi esperanza de que, al menos esta vez, el legislador actuase de forma correcta. Nunca está de más una cura de humildad, así que mi presuntuosa idea de haber influido en el legislador quedó claramente desmentida. Como la mera posibilidad de que mis reflexiones pudiesen estar en el origen de aquella corrección –como jocosamente me comentan algunos colegas– me desagrada sumamente, pues supondría haber influido (para mal) en el legislador, y el resultado final no es –al menos para mí– nada satisfactorio, quiero fundamentar por qué la corrección de errores en cuestión no modifica la situación en absoluto, esperando, ahora sí, mayor comprensión por parte de los Tribunales –no sin buenas razones, como se verá posteriormente– pues, al fin y al cabo, *iura novit curia*.

III. LAS CORRECCIONES DE ERRORES: EL REAL DECRETO 1511/1986 Y SUS LÍMITES

Precisamente porque enmendar una ley por medio de una corrección de errores no es una novedad en nuestro derecho, podemos encontrar reflexiones doctrinales y jurisprudenciales sobre esta cuestión que, además, está regulada en nuestro ordenamiento jurídico –Real Decreto 1511/1986, de 6 de junio, de Ordenación del Boletín Oficial del Estado (*BOE* núm. 175, de 23 de julio de 1986)–, por mucho que la regulación reciba diversas críticas (11). Con razón se

(11) La doctrina destaca, en general, su escaso rango normativo y su carácter incompleto –incluso no es infrecuente defender la necesidad de una ley que regulase una materia de tanta importancia como es la publicación de las leyes, en cuanto última fase del procedimiento legislativo–; véanse SÁINZ MORENO, «Publicidad» (n. 6), pp. 125-126, 139, 145-146; SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Artículo 91 (sanción y promulgación de las leyes)», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo VII. Artículos 81 a 96*, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, pp. 441, n. 68, 451; BORRAJO DACRUZ, E., «Nulidad Parcial del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto-Legislativo 521/1990, de 27 de abril; fe de errores en *BOE* de 23 de mayo de 1990)», *Actualidad Laboral*, núm. 41, 10/16 de noviembre 1997, pp. 3344-3345; LUJÁN ALCARAZ, J., «Nulidad de la Corrección de Errores de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 [Comentario a la STS Contencioso-Administrativo 3 octubre 1997 (RJ 1997, 7704)]», *Aranzadi Social*, 1997, vol. 4, p. 2661; menos crítica, sin embargo, BIGLINO CAMPOS, P., *La publicación de la ley*, Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 11, 36 ss. 127; la misma, «La publicación como fase del procedimiento legislativo», *V Jornadas de Derecho Parlamentario*, Monografías, núm. 38, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 543.

señala la escasez de estudios sobre este problema (12), e incluso ha podido decirse que su enorme frecuencia justificaría plenamente la elaboración de una tesis doctoral (13), mas los límites de una corrección de errores no parecen resultar especialmente problemáticos ni para la doctrina ni para la jurisprudencia.

El artículo 19 del mencionado Real Decreto dispone lo siguiente:

«Si alguna disposición oficial aparece publicada con erratas que alteren o modifiquen su contenido será reproducida inmediatamente en su totalidad o en la parte necesaria, con las debidas correcciones. Estas rectificaciones se realizarán de acuerdo con las siguientes normas:

1.^a El diario oficial del Estado rectificará, por sí mismo o a instancia de los Departamentos u Organismos interesados, los errores de composición o impresión que se produzcan en la publicación de las disposiciones oficiales, siempre que supongan alteración o modificación del sentido de las mismas o puedan suscitar dudas al respecto. A tal efecto, los correspondientes servicios de la Dirección General del Boletín Oficial del Estado conservarán, clasificados por días, el original de cada número, durante el plazo de seis meses, a partir de la fecha de su publicación.

2.^a Cuando se trate de errores padecidos en el texto remitido para su publicación, su rectificación se realizará del modo siguiente:

a) Los meros errores u omisiones materiales, que no constituyan modificación o alteración del sentido de las disposiciones o se deduzcan claramente del contexto, pero cuya rectificación se juzgue conveniente para evitar posibles confusiones, se salvarán por los Organismos respectivos instando la reproducción del texto, o de la parte necesaria del mismo, con las debidas correcciones.

b) En los demás casos, y siempre que los errores u omisiones puedan suponer una real o aparente modificación del contenido o del sentido de la norma, se salvarán mediante disposiciones del mismo rango».

El precepto reproducido no es, precisamente, un prodigio de claridad ni de técnica legislativa, dado que regula algo más que la corrección de errores si entendemos por ésta lo que aparece en el *BOE* bajo esa denominación. No se olvide que la fecha de publicación es deter-

(12) Así, ya señalaba PÉREZ SERRANO, «Erratas» (n. 5), p. 842, que la cuestión «no ha sido objeto de estudio detenido por parte de la doctrina»; mucho más recientemente, BIGLINO CAMPOS, *Publicación* (n. 11), pp. 37 ss., extendiéndolo a los múltiples problemas de la publicación como tal; BORRAJO DACRUZ, «Nulidad parcial», (n. 11) p. 3345.

(13) Así BORRAJO DACRUZ, «Nulidad parcial» (n. 11), p. 3344.

minante a efectos de entrada en vigor de las normas –de ahí algunos problemas que se plantean con las correcciones de errores (14)–, por lo que resulta muy distinto poder utilizar una corrección de errores que tener que acudir a una disposición del mismo rango, algo especialmente patente en los supuestos en que se ven afectadas leyes. Además, el artículo se refiere en un primer momento a las erratas que alteren o modifiquen el contenido de la disposición, aunque posteriormente alude también a errores que no alteren o modifiquen el sentido de las disposiciones. Por último, ha podido decirse, con razón, que la disposición alberga una cierta contradicción interna, pues pese a que los errores no han de suponer alteración o modificación del sentido, se admite que la rectificación puede ser conveniente para evitar confusiones, lo que puede suponer que la posible confusión sea un caso de alteración del sentido (15).

Finalmente, distingue los errores que se producen en la reproducción del texto recibido para publicación –lo que sería el error en la publicación en sentido estricto–, de los errores ya presentes en el texto remitido para la publicación, que no se someten al mismo régimen.

En definitiva, aunque parece que sólo puede acudirse a la corrección de errores como tal cuando estemos ante una mera discrepancia entre el texto enviado para publicación y el texto efectivamente publicado –error de composición o impresión–, también determinados errores que se encuentren en el texto remitido para su publicación pueden dar lugar a una corrección de errores, aunque las condiciones son distintas. Así, en el primer supuesto, es necesario que el error (de composición o impresión) suponga alteración o modificación del sentido de la disposición o pueda suscitar dudas al respecto y la corrección puede realizarse directamente por el propio Diario o a instancia de los Departamentos u Organismos interesados. En el segundo caso debe tratarse de un mero error u omisión material, que no suponga modificación o alteración del sentido de la disposición o se deduzca claramente del contexto, siempre que la rectificación se juzgue conveniente para evitar posibles confusiones, debiendo instar la reproducción del texto corregido el Organismo correspondiente.

Fuera de los casos anteriores es necesaria una disposición del mismo rango, siempre que, lógicamente, los errores u omisiones puedan suponer una real o aparente modificación del contenido o sentido

(14) Sobre esta cuestión véanse, por ejemplo, BORRAJO DACRUZ, «Nulidad parcial», (n. 11), pp. 3346-3347; BIGLINO CAMPOS, *Publicación* (n. 11), pp. 150 y ss.; SANTAOLALLA LÓPEZ, «Artículo 91» (n. 11), pp. 452 y ss.; SÁINZ MORENO, «Publicidad», (n. 6), p. 141

(15) Así SANTAOLALLA LÓPEZ, «Artículo 91» (n. 11), p. 454.

de la norma, lo que poco tiene que ver con una corrección de errores en sentido estricto, pues no aparecería ya en el BOE con esta denominación.

Existen, por tanto, diversas posibilidades clasificatorias:

a) Errores que puede corregir el propio BOE «de oficio», correcciones que debe instar el Organismo respectivo y supuestos en que hay que acudir a una disposición del mismo rango.

b) Supuestos en que el error altera o modifica el contenido o sentido de las disposiciones o, al menos, pueda suscitar dudas al respecto, y supuestos en que no se produce modificación o alteración del sentido, aunque la rectificación es conveniente para evitar confusiones.

c) Errores en la publicación como tal (composición o impresión) y errores ya presentes en el texto remitido para publicación.

Combinando estas posibilidades, se puede considerar que existen dos grandes grupos de correcciones de errores:

1. Las que se producen en la reproducción del texto remitido, que, al ser errores de composición o impresión, puede corregir el BOE por sí mismo, siempre que alteren o modifiquen el sentido de las disposiciones o puedan suscitar dudas al respecto. El hecho de que esta corrección pueda ser instada por los Departamentos u Organismos interesados resulta irrelevante. Serían, como tales, erratas, que deberían distinguirse de los errores (16) y cuya admisión no plantea especiales problemas, fuera de los supuestos en que «se procede a “corregir” como si fuesen erratas de imprenta lo que en realidad eran “errores de redacción”» (17).

2. Las ya presentes en texto remitido para publicación, supuesto en que sólo puede acudirse a la corrección como tal cuando se trate de «meros errores u omisiones materiales, que no constituyan modificación o alteración del sentido de las disposiciones o se deduzcan claramente del contexto, pero cuya rectificación se juzgue conveniente para evitar posibles confusiones», que deben salvar los Organismos respectivos «instando la reproducción del texto, o de la parte necesaria del mismo, con las debidas correcciones», según la dicción del no muy

(16) En este sentido, por ejemplo, PÉREZ SERRANO, «Erratas» (n. 5), pp. 845 ss., 849 ss.; SÁINZ MORENO, «Publicidad», (n. 6), pp. 137 ss.; SANTAOLALLA LÓPEZ, «Artículo 91» (n. 11), pp. 450-451 ss.; BORRAJO DACRUZ, «Nulidad parcial» (n. 11), pp. 3344 ss.

(17) PÉREZ SERRANO, «Erratas» (n. 5), p. 850; NIETO, A., «Autenticidad» (n. 6), pp. 5-6, 11-12; SÁINZ MORENO, «Publicidad» (n. 11), pp. 137-138.

claro artículo 19 del Real Decreto 1511/1986. Estos supuestos resultan mucho más problemáticos y, por ello, son los que centrarán nuestro interés, pese a que, en definitiva, el problema de fondo es el mismo que en el caso anterior: evitar la corrección de errores o descuidos de redacción como si fueran meras erratas en la reproducción de los textos.

Por eso distingue diversos supuestos nuestra legislación, porque quedan sometidos a regímenes diferentes. Dado que los errores o erratas se producen en diversos momentos del procedimiento legislativo, parece natural que los órganos que puedan o deban actuar para subsanarlos sean distintos e, igualmente, que en función de otras circunstancias, también el propio procedimiento de rectificación sea diferente. Así, los errores que comete el BOE puede/debe subsanarlos éste, sin que ello plantee mayores problemas (18); los errores cometidos con anterioridad suponen, obviamente, la actuación de órganos distintos que son, por ello, los que deben realizar la rectificación. De ahí que se niegue, obviamente, que el BOE pueda remediar los errores de las Cámaras o los cometidos en el texto que se presenta a sanción y promulgación reales, competencia exclusiva del órgano en el que se haya producido el error (19). Cuestión distinta es, sin embargo, el procedimiento que deben seguir dichos órganos, pues saltan a la vista las diferencias entre el procedimiento más sencillo –instar una nueva publicación– y el que supone la realización de la corrección por una norma del mismo rango que, en el caso de las leyes, supone tener que repetir el procedimiento legislativo (20). En definitiva, la necesidad de corregir los errores no plantea problema alguno. Las divergencias se producen, únicamente, en el procedimiento que debe seguirse para rectificarlos.

1 Posición de la doctrina

Vistas así las cosas, no parece que el supuesto de error de composición o impresión (art. 19.1.º) resulte especialmente problemático. Bas-

(18) Así, por ejemplo, BIGLINO CAMPOS, *Publicación* (n. 11), pp. 144 ss.; SANTAOLALLA LÓPEZ, «Artículo 91» (n. 11), pp. 451-452.

(19) Así, BIGLINO CAMPOS, *Publicación* (n. 11), pp. 56, 138 ss., SANTAOLALLA LÓPEZ, «Artículo 91» (n. 11), p. 454.

(20) Así, por ejemplo, BIGLINO CAMPOS, *Publicación* (n. 11), pp. 146-147 n. 60, 148-149, n. 61; la misma, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 116-117; SANTAOLALLA LÓPEZ, «Artículo 91» (n. 11), pp. 454-455; matizando PÉREZ SERRANO, pp. 862-863 (*illius est tollere cuius est condere*) ss., pese que no deba exigirse siempre una nueva votación parlamentaria, 867.

tará comprobar la discordancia entre el texto remitido para su publicación y el efectivamente publicado para proceder a la corrección, siempre, claro está, que dichos errores supongan una alteración o modificación del sentido de las disposiciones oficiales o puedan suscitar dudas al respecto. Así, en principio, sería suficiente un mero cotejo de los textos. La cuestión podría complicarse, pues el artículo 15.3 del Real Decreto 1511/1986 dispone que «los originales recibidos para su publicación en el diario oficial del Estado tendrán carácter reservado y no podrá facilitarse información acerca de ellos», lo que imposibilitaría la confrontación de los textos, al no poder accederse al primero (21). Sin embargo, y dejando al margen las dudas de constitucionalidad que se han suscitado en este aspecto (22), la doctrina suele admitir que puede acudirse a otros textos fiables, que, en este caso, sería el texto publicado definitivamente en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (23).

De admitirse lo anterior, resulta obvio que no estamos ante un error en la publicación, esto es, un error de composición o impresión, pues la comparación del texto objeto de aprobación final por las Cortes Generales y el publicado en el BOE no presentan, respecto al punto que nos interesa, discrepancia alguna.

Parece, por tanto, que nos encontraríamos ante un error en el texto remitido para publicación, esto es, en el campo de aplicación del artículo 19.2.º Aquí podemos encontrar muchos más problemas, aunque no todos tengan la misma importancia. Por un lado, habría que determinar qué debe entenderse por texto remitido al diario oficial para su publicación, si el aprobado por las Cortes Generales, que es, en el

(21) Véase, a este respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 58/2000. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, de 26 de enero (Jur. 2000/104580), fundamento de derecho 2.º, donde afirma que por el carácter reservado de los originales remitidos a publicación no puede facilitarse información alguna.

(22) BIGLINO CAMPOS, *Publicación* (n. 11), pp. 165-166; para SÁINZ MORENO, «Publicidad», (n. 6), p. 136, dicha declaración de reserva no afecta a las leyes, «ya que el procedimiento legislativo se rige por el principio de publicidad en todos sus trámites». Sobre la diferencia entre «publicidad» y «publicación», puede verse el mismo, «Publicidad», (n. 6), pp. 121-124; BIGLINO CAMPOS, *Publicación* (n. 11) pp. 19 ss.; la misma, Voz «Publicidad de las normas (D.º Constitucional)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5392-5393. Sobre otros aspectos relacionados con la publicidad véanse las lúcidas reflexiones de TORRES DEL MORAL, A., «La publicidad en el procedimiento legislativo y los medios de comunicación social», *V Jornadas de Derecho Parlamentario. El procedimiento legislativo*, Monografías, núm. 38, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, pp. 205 ss.

(23) ASÍ SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos* (n. 6), p. 360; SANTAOLALLA LÓPEZ, «Artículo 91» (n. 11), pp. 452, 455; BIGLINO CAMPOS, *Publicación* (n. 11), p. 167; SÁINZ MORENO, «Publicidad» (n.), pp. 138-139.

fondo, la verdadera ley (24), o el remitido al BOE tras la sanción y promulgación reales. Las diferentes consecuencias saltan a la vista: si optamos por la primera posibilidad, el error puede encontrarse ya en el texto aprobado definitivamente por el Parlamento. Si realizamos una interpretación más estricta, el error debería aparecer, precisamente, tras la aprobación definitiva por las Cortes, lo que, lógicamente, limita mucho más las posibilidades. Por la forma de elaboración de los textos legales en nuestro país, esta vía quedaría limitada a los supuestos en que los errores se produjesen en el texto que prepara el Gobierno y que su Presidente presenta al Rey a efectos de sanción y promulgación (25). Una interpretación muy estricta de las distintas fases del procedimiento legislativo –y en especial de la publicación como último paso de la fase integrativa de la eficacia– podría, quizá, apoyar la interpretación restrictiva, que no es, sin embargo, la que predomina entre los autores que se han ocupado de esta cuestión (26).

Como en el caso que nos ocupa no hay discrepancias entre el texto aprobado definitivamente por las Cortes y el publicado posteriormente en el BOE, sólo si admitimos que el error puede encontrarse ya en el primero podemos pensar en acudir a la vía del artículo 19.2.º Con otras palabras: aceptar la concepción más restrictiva de lo que pueden considerarse errores que afectan a la publicación haría superflua cualquier consideración adicional, pues no estaríamos ante un caso semejante. Sin embargo, más allá del reconocimiento doctrinal de la existencia de errores en la elaboración de las leyes anteriores a la publicación (27), vemos que el texto del Real Decreto 1511/1986 se refiere únicamente a

(24) En este sentido SANTAOLALLA LÓPEZ «Artículo 91» (n. 11), p. 440.

(25) Como señala SANTAOLALLA LÓPEZ «Artículo 91» (n. 11), p. 440, el Presidente del Congreso o el del Senado, según donde termine la aprobación de la ley, «remiten oficio al Presidente del Gobierno dando cuenta de esta circunstancia y adjuntando la ley correspondiente. Luego, el ejecutivo prepara el texto que ha de firmar el Rey y *que sirve de matriz para la publicación en el BOE* (el llamado papel de canto dorado, por el color de su canto), y el Presidente del Gobierno lo presenta al Jefe del Estado a los efectos del presente artículo» (cursiva añadida), esto es, de sanción y promulgación. Insiste, con razón, en que el original de la ley no es este último documento sino el emitido por el legislador. Como podemos comprobar, no se diferencia entre el texto que firma el Rey y el texto publicado en el *BOE*, por impedirlo el sistema que se utiliza en nuestro país: «el texto que firma el Rey es una impresión del fotolito que luego se utilizará en la publicación, *por lo que parece obligada su coincidencia* (salvo que intervengan los famosos duendes de imprenta o los comecocos informáticos)», p. 452 n. 103 (cursiva añadida).

(26) Véanse, por todos, SANTAOLALLA LÓPEZ, «Artículo 91» (n. 11), pp. 421-422, 435 ss.; y BIGLINO CAMPOS, *Publicación* (n. 11), pp. 138 ss.

(27) Véanse, por ejemplo, SÁINZ MORENO, «Publicidad» (núm. 6), pp. 137 ss.; BIGLINO CAMPOS, *Publicación*, pp. 103, 138-139, 142-143; *Vicios* (n. 20), pp. 102 ss.

errores padecidos en el texto remitido para su publicación, distinguiendo después en la forma en que pueden rectificarse dichos errores. Si no admitimos que los errores pueden encontrarse ya en el texto objeto de aprobación final no resulta fácil comprender el artículo. O bien se rechazaría la posibilidad de errores en las fases anteriores a la aprobación definitiva del texto —lo que resulta difícil de aceptar, pues, en todo caso, lo que plantea problemas es cómo pueden rectificarse—, o bien tendríamos que admitir que nuestro ordenamiento no se ocupa de estos supuestos, de modo que habría que arbitrar un procedimiento para eliminarlos —lo que tampoco resultaría difícil conceptualmente (28) por mucho que pudiese tener algunos inconvenientes—. Además, si el precepto se refiriese únicamente a los errores que aparecen en el texto después de su aprobación definitiva se estaría limitando a los errores que se produjesen en la preparación del texto que se envía a la sanción y publicación reales y que sirve de base a la impresión en el BOE, es decir, a errores que aparecen en las operaciones materiales (29) subsiguientes a su aprobación definitiva. Si se parte de que el texto aprobado definitivamente era el correcto, las posibles modificaciones posteriores sólo afectarían a la exteriorización de una voluntad correctamente formada o, siendo más exactos, a la reproducción de una voluntad correctamente formada y manifestada, interpretación que resulta incompatible con el artículo 19.2 b), que, no sólo no limita los supuestos a los errores u omisiones materiales —habla únicamente de «en los demás casos, y siempre que los errores u omisiones...»—, sino que exige una disposición del mismo rango, lo que, en el caso de la ley, supondría que el Parlamento sería el que debería remediar los errores del ejecutivo en la preparación del texto, algo que, manifiestamente, carece de sentido (30). En definitiva, considerar que sólo las discrepan-

(28) Véanse las reflexiones de PÉREZ SERRANO, «Erratas» (n. 5), pp. 862 ss., escritas en un momento en que la corrección de errores no se encontraba regulada en nuestro ordenamiento y que, sin embargo, coinciden sustancialmente con las que se realizan en la actualidad, cuando ya existe regulación. De hecho, no parece exagerado pensar que las ideas de PÉREZ SERRANO han influido profundamente en las exposiciones de otros autores más recientes.

(29) Esta denominación utilizan, precisamente, SANTAOLALLA LÓPEZ, «Artículo 91», (n. 11), p. 443 núm. 73; BIGLINO CAMPOS, «La publicación» (n. 11), p. 544; *Publicación* (n. 11), p. 56.

(30) En la misma línea señala BIGLINO CAMPOS, *Vicios*, p. 113, tras insistir en la necesidad de deslindar los vicios de las diversas fases del procedimiento legislativo, que un vicio en la sanción, promulgación o publicación difícilmente podrá afectar a la fase parlamentaria de la ley, que se ha producido conforme a lo querido por el ordenamiento, de forma que «en este caso, el principio de economía del derecho

cias que se produjesen en la preparación por el Gobierno del texto que se presenta para la sanción y promulgación reales, esto es, los posibles errores en la manipulación del texto definitivo de la ley, no resulta compatible con la regulación legal, que parte de una comprensión más amplia de lo que sea el «texto remitido para publicación».

Con la admisión de que en el caso de estudio se trata de un supuesto de los regulados en número 2 del artículo 19 del mencionado Real Decreto, tampoco hemos ganado tanto, pues el mero hecho de que, en principio, pueda acudir a esta vía no resuelve ningún problema, dadas las diferencias entre las letras *a)* y *b)* de este precepto.

Así, para poder acudir a una simple corrección de errores, debemos estar ante meros errores u omisiones materiales, que no constituyan modificación o alteración del sentido de las disposiciones o se deduzcan claramente del contexto, pero cuya rectificación se juzgue conveniente para evitar posibles confusiones. Desde otra perspectiva, dichos errores u omisiones se salvarán por los organismos respectivos, instando la reproducción del texto, o de la parte necesaria del mismo, con las debidas correcciones. Empezando por la última cuestión, la corrección de errores que analizamos sólo menciona que se han advertido errores en la Ley Orgánica 15/2003, por lo que se procede a efectuar las oportunas rectificaciones. Con otras palabras: no sabemos quién ha advertido los errores –y que efectivamente lo son– ni quién insta la reproducción del texto auténtico, que rectifica el publicado en su momento (31). Dado que se trata de una forma de proceder relativamente frecuente en las correcciones de errores, no faltan críticas doctrinales a este proceder (32), pese a que no nos vayamos a detener en esta cuestión.

De la forma elegida para realizar la corrección y, descartada ya anteriormente la posibilidad de que se tratase de un mero error de composi-

exige rechazar la posibilidad de que, para adquirir la eficacia que le es propia, las Cámaras deban pronunciarse sobre el mismo tema de la misma manera».

En definitiva, si sólo en determinados casos resulta necesario repetir completamente el procedimiento legislativo, por sus costes jurídicos, políticos y económicos –algo en lo que coinciden autores como PÉREZ SERRANO, «Erratas» (n. 5), p. 863, SANTAOLALLA LÓPEZ, «Artículo 91» (n. 11), p. 455, BIGLINO CAMPOS, *Publicación*, pp. 148-149 n. 61; *Vicios* (n. 20), p. 131–, resultaría desproporcionado que el Parlamento debiese intervenir para remediar un error del ejecutivo, dado que bastaría con una actuación de éste.

(31) Exactamente lo mismo ocurre en la otra corrección de errores que afecta a la Ley Orgánica 15/2003, publicada en el *BOE* núm. 80, de 2 de abril de 2004.

(32) Véanse simplemente PÉREZ SERRANO, «Erratas» (n. 5), p. 842; BIGLINO CAMPOS, *Publicación* (n. 11), p. 145; SANTAMERÍA PASTOR, *Fundamentos* (n. 6), p. 366; NIETO, «Autenticidad», (n. 6), p. 5; para el supuesto que nos ocupa, GUARDIOLA GARCÍA, «Corrección» (n. 9), p. 51.

ción o impresión, debemos deducir que estamos ante uno de los supuestos del artículo 19.2.ºa). Esta conclusión, sin embargo, es cualquier cosa menos sencilla. Incluso aunque se admitiese que estamos ante un error material, lo que se ha negado (33), la vía elegida sería inapropiada por la sencilla razón de que, como defienden unánimemente doctrina y jurisprudencia, los errores materiales sólo pueden corregirse de este modo cuando no modifiquen o alteren el contenido o sentido de la disposición. Siempre que estemos ante una modificación o alteración del contenido o sentido de la disposición el único recurso posible para realizar la correspondiente corrección es una disposición del mismo rango. Ésta es, insistimos, la interpretación del artículo 19.2.ºa) que encontramos en nuestra doctrina y jurisprudencia. Más que las razones que se alegan para defender dicha limitación —que pueden compartirse sin reservas, pues, lógicamente, tienen que ver con la competencia exclusiva del Parlamento para elaborar y determinar el contenido de una ley, por lo que debe corregir, en consecuencia, los errores que afecten al contenido—, nos interesa la forma en que expone la cuestión.

Así, Biglino Campos señala que «nuestro ordenamiento sigue la orientación correcta en cuanto que contempla, de forma distinta, la corrección de los errores que se han verificado en la publicación de los que son anteriores a la misma..., en este último caso, *cuando el error está ya presente en el texto remitido para su reproducción*, debe ser el organismo respectivo quien tiene que salvarlo, *exigiéndose una disposición del mismo rango cuando el defecto altere el contenido o el sentido de la norma*» (34). En esta misma línea podemos situar su siguiente afirmación: «merece la pena destacar cómo el precepto citado en el texto (art. 19.2.º del Real Decreto 1511/1986) supone que, cuando el error se ha producido en las Cámaras, durante la elaboración de la ley, es necesaria su corrección mediante una nueva ley» (35).

(33) Véanse JIMÉNEZ SEGADO, «Corrección» (n. 9), p. 16; de acuerdo con EL GUARDIOLA GARCÍA, «Corrección» (núm. 9), p. 53.

(34) BIGLINO CAMPOS, *Publicación*, p. 146; en la misma línea señala en n. 61, pp. 148-149 que el artículo 192.ºb) «exige realizar la corrección de errores sustanciales padecidos en el texto enviado para la reproducción, mediante una disposición del mismo rango», pese a que quiere limitar los excesos a que llevaría la dicción literal del precepto, a la luz del principio de economía del derecho, de modo que «un remedio tan contundente puede ser necesario cuando el error se ha cometido durante la fijación del contenido de la norma».

(35) BIGLINO, *Publicación*, pp. 146-147, n. 60. Sobre la necesaria distinción de los errores en la publicación —referidos exclusivamente a esta fase del procedimiento— y los producidos en otros momentos —en especial en la tramitación parlamentaria—, igualmente, *loc. cit.*, pp. 140, 142-143, 145-146, 147, 148-149; en el mismo sentido, *Vicios* (núm. 20), pp. 102, 104-105, 109-110, 111-113, 114, 116-117.

Por su parte, Borrajo Dacruz parte de la distinción, dentro de las que figuran en el texto remitido, «entre “erratas simples” y “errores sustanciales”. Para las meras correcciones, los Organismos respectivos instarán la respectiva modificación. Los errores sustanciales, que: “puedan suponer una real o aparente modificación del contenido o del sentido de la norma, **se salvarán mediante disposición del mismo rango**” [art. 19.2.^a, *a*) y *b*)] respectivamente» (36). En el mismo sentido, Luján Alcaraz, a partir de la distinción entre errores de composición o impresión y errores en el texto remitido para publicación, nos dice que «entre estos últimos se distingue nuevamente entre meros errores u omisiones materiales y errores u omisiones que puedan suponer una real o aparente modificación del contenido o del sentido de la norma», supuesto en que la subsanación sólo puede hacerse mediante disposición del mismo rango que la norma rectificadora (37). También Santaolalla López señala claramente que el procedimiento del artículo 19.2.^a*a*) «no es de aplicación si la errata, a pesar de ser un defecto material, implica una alteración o modificación del sentido» (38). De hecho, distingue entre erratas de imprenta –art. 19.1.^a–, las erratas inocuas en el original –art. 19.2.^a*a*), a las que acabamos de referirnos– y errores y erratas significativas en el original, esto es, «defectos del original de las leyes que supongan una modificación del sentido de las normas» (39). En estos casos «es el documento original de la ley el que padece la errata y, consiguientemente, lo plasmado en él tiene que aceptarse como voluntad auténtica e indiscutible del Parlamento [...] La única forma de enmendar la ya ley es mediante la aprobación de una nueva que derogue la anterior e introduzca en el ordenamiento la norma que en realidad se quiso. Tal es lo que preceptúa el apartado 2.º *b*) del artículo 19 del Real Decreto 1511/1986» (40). Como la solución es costosa y el resultado oneroso, sostiene que existiría una solución más sencilla en la práctica: buscar la voluntad real del legislador a través de los «Diarios de Sesiones» y demás documentación parlamentaria, al amparo de lo previsto en el artículo 3.1 del Código civil. Ahora bien, insiste en que esta fórmula «sólo puede operar dentro de los márgenes interpretativos de la ley norma, para

(36) BORRAJO DACRUZ, «Nulidad parcial» (n. 11), p. 3.345 (negrita en el original).

(37) LUJÁN ALCARAZ, «Nulidad» (n. 11), 2.660-2.661.

(38) SANTAOLALLA LÓPEZ, «Artículo 91» (n. 11), p. 453.

(39) SANTAOLALLA LÓPEZ, «Artículo 91» (n. 11), pp. 451 y ss. (entrecomillado en p. 454).

(40) SANTAOLALLA LÓPEZ, «Artículo 91» (n. 11), p. 454.

resolver sus puntos oscuros o ambiguos, hipótesis distinta [...], de la errata que cambia el sentido de la norma» (41). En la misma línea, Sanz Rubiales interpreta el precepto que nos ocupa diciendo que se basa en dos reglas y, en lo que a nosotros nos interesa, que «según que el error previo a la publicación modifique o no el sentido de la disposición, se salvará, respectivamente, bien mediante la oportuna aprobación y publicación de una disposición del mismo rango (derogación parcial) bien mediante la aplicación de la potestad de corrección de errores» (42). En el mismo sentido se pronuncian también otros autores como Sáinz Moreno (43).

2 Posición de la jurisprudencia

Si pasamos ahora a la jurisprudencia, encontramos afirmaciones similares. Así, la doctrina de la llamada «jurisprudencia menor», resulta unívoca. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 169/2002 (Sección 2.^a), de 11 de junio (Jur. 2002/232077), señala en su antecedente de hecho segundo, respecto a las correcciones de errores que «cuando se trate de errores padecidos en el texto remitido para su publicación, las modificaciones se salvarán si no constituyen modificación o alteración del sentido de las disposiciones, por los organismos correspondientes instando la reproducción del texto corregido y siempre que los errores u omisiones puedan suponer una real o aparente modificación del sentido de la norma, mediante disposición del mismo rango». La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 538/2000 (Sección 3.^a), de 29 de septiembre (Jur. 2001/163677), declara en su fundamento jurídico primero que «el empleo de la corrección de errores sólo tiene por finalidad subsanar errores materiales, pero no es una vía válida para introducir auténticas modificaciones en el contenido de una norma ya publicada», insistiendo en que, a tenor del artículo 19 apartado 2 b) del Real Decreto 1511/1986, «siempre que los errores u omisiones puedan suponer una real o aparente modificación del contenido o del sentido de la norma, se salvarán por disposición de igual

(41) SANTAOLALLA LÓPEZ, «Artículo 91» (n. 11), p. 455.

(42) SANZ RUBIALES, I., «La rectificación de errores materiales, aritméticos y de hecho en la jurisprudencia», *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 90 (abril/junio 1996), pp. 319-320.

(43) SÁINZ MORENO, «Publicidad» (n. 6), p. 141 –habiendo señalado en p. 139 que «si el error o la errata se encuentran en el texto original el autor del texto debe corregirlo: “Ejus est tollere legem, cujus est condere”» (como, por lo demás, ya vimos que decía PÉREZ SERRANO); GUARDIOLA GARCÍA, «Corrección» (n. 9), pp. 52 ss.

rango» (44). Por último, razonamientos similares utiliza la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora núm. 270/1999 (Sección Única), de 7 de septiembre (AC 1999/1882), fundamento de derecho cuarto, refiriéndose al tantas veces citado artículo 19.2.b) y señalando que «se comprueba así que al amparo de una pretendida corrección de errores se intenta una verdadera modificación de la norma ya publicada, mediante alteración parcial de su contenido y la introducción de disposiciones inexistentes en el texto original, por lo que los Tribunales de cualquier orden que tengan que aplicar aquella para la resolución de un pleito deben prescindir del resultado de la corrección excesiva y atenerse al contenido de la redacción original»; «el empleo de la simple corrección de errores para la introducción de alteraciones significativas, que sean algo más que la enmienda de meras equivocaciones materiales, vulnera la disposición últimamente citada, que no puede modificar la norma ya publicada como tal con el rango jerárquico que le corresponde y, en consecuencia, ha de estarse a todos los efectos al texto publicado en un principio».

En la misma línea podemos encontrar también manifestaciones de nuestro Tribunal Supremo. Así, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª), de 26 de enero de 1994 (RJ 1994/634), fundamento de derecho 3.º, se señala que «la rectificación de errores o erratas atañe a las discordancias entre el texto originario y auténtico y el publicado, a veces constatables sin necesidad de ulterior rectificación». En la Sentencia de la misma Sala y Sección, de 5 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9936), fundamento de derecho 9.º, se hace referencia a supuestos de «meras rectificaciones de aspectos gramaticales o tipográficos sin trascendencia alguna en relación con el sentido o comprensión adecuada del texto legal en su día publicado. Se está en el caso de erratas o errores **en la publicación**, y no de auténticos errores **de la publicación**, estos últimos cometidos en el texto remitido para inserción en el Diario Oficial del Estado y que son

(44) La Audiencia Provincial de Castellón ya se había pronunciado en esta línea con anterioridad; véanse la Sentencia n. 191/2000 (Sección 3.ª), de 14 de abril (AC 2000/4465), fundamento de derecho primero y, especialmente la sentencia núm. 363/1999 (Sección 3.ª), de 18 de septiembre (AC 1999/1839), fundamento de derecho cuarto, insistiendo en la claridad de lo dispuesto en el artículo 19.2.ºb) del Real Decreto 1511/1986, de modo que «el empleo de la simple corrección de errores para la introducción de alteraciones significativas, que sean algo más que la enmienda de meras equivocaciones materiales, vulnera la disposición últimamente citada, no puede modificar la norma ya publicada como tal con el rango jerárquico que le corresponde y, en consecuencia, ha de estarse a todos los efectos al texto publicado en un principio»; véanse igualmente las interesantes reflexiones que contiene el fundamento de derecho quinto.

los que, por su trascendencia para la inteligencia del texto legal, precisan de necesaria y verdadera corrección de errores» [negrita en el original], aludiendo al artículo 19 del Real Decreto 1511/1986 como base normativa de dicha distinción. Finalmente, la Sentencia de la Sección 6.^a de la misma Sala, de 3 de octubre de 1997 (RJ 1997/7704), se ocupa con cierta profundidad de las cuestiones relativas al posible alcance de una corrección de errores. Así, en su fundamento jurídico 2.^o considera que la distinción entre erratas y alteraciones sustanciales, a efectos de corrección de errores, «sólo incide en el aspecto formal en que hay de efectuarse la rectificación», de manera que la exigencia de disposición del mismo rango contenida en el artículo 19 del Real Decreto 1511/1986 es «una simple exigencia formal que en nada altera su naturaleza de instrumento normativo de corrección de errores». Ahora bien, dado que se trataba de un supuesto en que «no existe duda que la rectificación supone una alteración sustancial del contenido de la norma, tal como fue inicialmente publicada» considera necesario ocuparse de las consecuencias del incumplimiento del artículo 19.2.b) del tan citado Real Decreto en cuanto al rango normativo de la rectificación de errores. En su opinión, lo que quiere dicho precepto «es que cuando se producen errores u omisiones que puedan suponer una real o aparente modificación del contenido o del sentido de la norma, tales errores se salven mediante una disposición de rectificación de errores de igual rango que la norma en cuya publicación aquéllas se han producido», por razones de garantía en la rectificación, de modo que la norma que rectifique los errores tenga el mismo rango que la rectificada, lo que no altera en absoluto su naturaleza. Así, el encontramos ante un caso de nueva publicación, con reconocimiento de que los errores no podían calificarse en modo alguno como errores materiales, sino que eran calificados de alteraciones sustanciales, lleva a que dicho carácter los haga incompatibles con el sistema de rectificación de errores utilizado —mera corrección y no disposición del mismo rango—. Por ello, la corrección de errores en cuestión prescinde absolutamente del procedimiento legalmente establecido y resulta nula de pleno derecho.

Tras la exposición anterior debería resultar claro que, como estamos ante un supuesto en que se trata de determinar cuál es el contenido de dos normas penales, no puede discutirse que nos encontramos ante un error que supone una modificación o alteración del sentido de las disposiciones. Así, la vía elegida para realizar la corrección, no podría seguirse en el caso que nos ocupa y resulta cualquier cosa menos descabellado sostener que los Tribunales, a la vista de sus pro-

pías afirmaciones, considerarán derogados el párrafo 2.º del artículo 234 y el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 244.

IV. UN ANÁLISIS MÁS DETALLADO

De todas formas, conviene que no descartemos otras posibilidades. Recordemos que, en la exposición de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales, nos hemos centrado en la forma en que aparecían las mismas, sin detenernos en las razones que justificaban esas posturas. Proceder que resulta un tanto extraño, pero que tiene una fácil explicación —que nada tiene con ver con que nos importe únicamente el resultado y no las vías para llegar al mismo—: el tenor literal del artículo 19.2.ªa) del Real Decreto 1511/1986 no nos parece que se limite, taxativamente, o con la facilidad con que lo hacen doctrina y jurisprudencia, a supuestos en que no se vea alterado o modificado el sentido de la disposición. El texto del artículo 19.2.ª.a) se refiere a «los meros errores u omisiones materiales, que no constituyan modificación o alteración del sentido de las disposiciones *o se deduzcan claramente del contexto*, pero cuya rectificación se juzgue conveniente para evitar posibles confusiones...». Creo que la interpretación gramatical más adecuada admite la posibilidad de utilizar esta vía cuando se trate de errores u omisiones materiales que, pese a modificar o alterar el sentido de la disposición, se deduzcan claramente del contexto. Si se excluye esta posibilidad, de manera que el error material, pese a deducirse claramente del contexto, no debe suponer modificación o alteración del sentido de la disposición, no entiendo muy bien por qué el legislador utiliza la disyuntiva «o», si, en el fondo, se está refiriendo a una única posibilidad. La existencia de buenas razones conceptuales para limitar la corrección de errores que no posea el mismo rango normativo que la disposición rectificadora a los supuestos en que no se altere el sentido o contenido de la disposición, no puede llevar, sin más, a prescindir de la propia redacción que el legislador ha utilizado y, así, a restringir los supuestos en que no es necesario utilizar una disposición del mismo rango para corregir meros errores u omisiones materiales. La cuestión es discutible, pero si el principio de economía del derecho debe tenerse en cuenta a la hora de «sanar» los vicios en el procedimiento legislativo —en cualquiera de sus fases— (45), no veo qué razón impide acudir al

(45) Sobre esta cuestión, extensamente, BIGLINO CAMPOS, *Vicios* (n. 20), pp. 127 ss.

mismo cuando estemos ante errores materiales, que se deduzcan claramente del contexto, aunque modifiquen o alteren el sentido de la disposición. Lo que debería hacerse, por supuesto, sería delimitar muy claramente los dos elementos: cuándo estamos en presencia de un error material –al menos a los efectos que aquí interesan– y qué constituye el contexto del que el anterior debe deducirse claramente. La tarea puede que no resulte sencilla, pero tampoco es imposible, como intentaremos demostrar, por mucho que limitado al reducido campo de la corrección de errores de la Ley Orgánica 15/2003. Con otras palabras: más que la posibilidad de corregir errores materiales que se deduzcan claramente del contexto y alteren o modifiquen el sentido de la disposición en general, nos interesa ver si éste puede ser el caso de la corrección efectuada en los artículos 234 y 244, apartado 1, del Código penal. Si la conclusión fuese negativa, el resultado no admitiría dudas: dicha corrección de errores no es admisible, de ningún modo, en nuestro ordenamiento, de manera que simplemente habría que esperar a que los Tribunales así lo declarasen.

1 Concepto de error material: doctrina y jurisprudencia

El concepto de error material no es desconocido en nuestro ordenamiento, lo que no quiere decir, sin embargo, que sea un concepto claro y que no plantee dudas (46). Y ello pese a la abundante jurisprudencia que existe sobre el mismo, especialmente respecto al denominado «recurso de aclaración» y a la posibilidad de las Administraciones Públicas de rectificación de los mismos en cualquier momento, aspecto este último sobre el que tampoco faltan pronunciamientos doctrinales. De hecho, creemos que las interpretaciones que se han

(46) Especialmente por su relación o falta de una clara distinción con el error de hecho; en este sentido ya MEILÁN GIL, J. L., «Delimitación conceptual del error material y de cuenta», *Revista de Administración pública*, núm. 55 (enero-abril 1968), pp. 151 ss. (especialmente 153, 155 y n. 9 en la misma página, 161, 168, 170, 177, 183 ss.); más recientemente SOCÍAS CAMACHO, J. M., «Error material, error de hecho y error de derecho. Concepto y mecanismos de corrección», *Revista de Administración Pública* 157 (enero/abril 2002), pp. 157 ss. (señalando en p. 165 que «ni la doctrina ni la extensa jurisprudencia existente sobre el error material coinciden en la definición de este concepto, que ha ido sufriendo variaciones desde que el mismo fue asumido por el Derecho administrativo procedente del ámbito privado»), 179, 180. También se ha aludido a que constituye un concepto jurídico indeterminado –así SANZ RUBIALES, «Rectificación» (n. 42), p. 312, citando además, en n. 38, en la misma página, la STC 231/1991, de 10 de diciembre, que en su fundamento jurídico 5.º, se refiere a su carácter de concepto indeterminado y añade «de contornos muy poco precisos».

realizado por doctrina y jurisprudencia del artículo 19.2.^a) del Real Decreto 1511/1986 están profundamente influidas por la jurisprudencia sobre dicho concepto, como tendremos ocasión de ver.

Pese a lo acabado de exponer, no parece que, en una primera aproximación, el *concepto* de error material plantee problemas. Por utilizar las palabras de Socías Camacho podríamos decir que el error material es «una inexacta manifestación externa de la voluntad administrativa», «un simple error en la exteriorización del acto» (47), hasta el punto de que se suele decir que más que ante un error nos encontramos ante una errata, una mera equivocación, una errónea exteriorización de la auténtica voluntad de la administración (48). Dicho de otra forma, el error material proviene de la figura del error obstativo o error en la declaración de voluntad, esto es, supuestos en que se produce una anomalía en la exteriorización de la declaración jurídica, que provoca desarmonía entre la declaración y su manifestación externa, errores que no afectan a la auténtica voluntad y que sólo inciden en la exteriorización de la declaración de voluntad (49). En definitiva, los problemas no provienen tanto del concepto de error material, sino de cuándo puede utilizarse la potestad de rectificación y cuándo hay que acudir a otros procedimientos; con otras palabras, las dudas aparecen a la hora de permitir que un error material sea rectificado por la Administración, lo que explica los requisitos que exige la jurisprudencia y, con ella, la doctrina. Con razón se ha dicho que la figura regulada en el artículo 105. 2 LPC «no planteará de ordinario problemas desde la perspectiva de la protección de la confianza y la seguridad jurídica, puesto que su alcance es la mera rectificación de errores materiales en la plasmación por escrito de la declaración en que el acto en cuestión consista. Pero puede llegar a suscitarlos si tras la rectificación de errores se esconde una auténtica revisión o revocación del contenido del acto» (50). Como vemos se trata de evitar que, invocando una mera corrección de errores materiales, se realice una rectificación o revocación del acto, esto es, la utilización fraudulenta de la potestad de recti-

(47) SOCÍAS CAMACHO, «Error material» (n. 46), p. 160.

(48) SOCÍAS CAMACHO, «Error material» (n. 46), p. 162 (con referencias a otros autores como BOQUERA o SALA ARQUER); la similitud entre el error material y la errata la destacaba ya PÉREZ SERRANO, «Erratas» (n. 5), pp. 845-846 y es prácticamente una constante; véanse MEILÁN GIL, «Delimitación» (n. 46), pp. 183 ss. y los autores citados en n. 16.

(49) SOCÍAS CAMACHO, «Error material» (n. 46), pp. 164, 167 y, en general, 183, 187-188, 204-205.

(50) GARCÍA LUENGO, J., *El principio de protección de la confianza en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 274-275.

ficación (51). No olvidemos que la facultad de rectificación de la Administración, «tiene por finalidad arbitrar una fórmula que evite que simples errores materiales y patentes pervivan y produzcan efectos desorbitados o necesiten para ser eliminados de la costosa formalidad de los procedimientos de revisión, si bien esa posibilidad legal de rectificación de plano debe ceñirse a los supuestos en que el propio acto administrativo revele una equivocación evidente por sí misma y manifiesta en el acto susceptible de rectificación, sin afectar a la pervivencia del mismo» (52).

El paralelismo con los problemas de la corrección de errores de las leyes resulta evidente. No debe extrañar, pues el problema de fondo es el mismo: si bien debe rechazarse que errores administrativos, legislativos o judiciales, produzcan beneficios injustificados en sus destinatarios, tampoco puede admitirse que esos errores se rectifiquen «libremente», de cualquier modo, para restringir al máximo las posibilidades de abuso. Junto a estos elementos hay que tener en cuenta, además, el principio de economía del derecho, pues una formalización innecesaria o excesiva sólo beneficiaría al destinatario del error, lo que no tiene por qué ser correcto. Por ello hay que ponderar diversos factores que resultarán determinantes para determinar el procedimiento por el que puede rectificarse un error: no puede dejarse a los órganos competentes plena libertad para rectificar sus «errores», pues ello dejaría completamente desprotegidos a los ciudadanos, mas tampoco puede exigirse una rigidez tal que conlleve unos costes desproporcionados respecto a lo que se rectifica. Nada más lógico, entonces, que distinguir diversos supuestos.

La jurisprudencia, pese a que no siempre lo haga con la claridad que sería deseable, también se ha centrado, básicamente, en la determinación de lo que es un error material rectificable. Así, por ejemplo, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a), de 23 de octubre de 2001 (RJ 2002/128), se refiere en su fundamento de derecho 5.º a la reiterada doctrina de dicha sala que ha mantenido, respecto a los artículos 111 de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo y 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que «el error material *rectificable* requiere que se trate de equivocaciones elementales (nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripción de documentos), que se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expe-

(51) Por todos, GARCÍA LUENGO, *Protección* (núm. 50), p. 247 con referencias bibliográficas en nn. 54 y 55 en la misma página.

(52) SOCÍAS CAMACHO, «Error material» (núm. 46), p. 188 (cursiva añadida).

diente administrativo, que sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones, que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto, pues *no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica*, que no genere la anulación o revocación del acto administrativo, en cuanto creador de derechos subjetivos, y que se aplique con un hondo criterio restrictivo, así como que no cabe que al hilo de tales preceptos se pretenda la interpretación del significado y contenido de un determinado precepto, puesto que ello sólo sería procedente a través de una revisión o revocación de oficio, que requiere un procedimiento específico» (subrayado añadido), además de que «prohíben que se afecte a la idéntica pervivencia del acto administrativo» (53). En definitiva, el error debe acreditarse por sí solo, sin necesidad de juicios valorativos, ha de ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, que se exteriorice *prima facie* por su mera contemplación (54).

De todas formas, pese a la abrumadora línea jurisprudencial que se expresa en los términos mencionados, también es posible encontrar sentencias que pueden hacer surgir algunas dudas. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 15 de octubre de 2003 (RJ 2003/7754), en su fundamento jurídico 5.º considera que «una discordancia entre la voluntad de la administración y la manifestada en la letra» constituye un error de hecho, para cuya subsanación es posible acudir al cauce del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, al ser un error claro. No importa tanto la

(53) En la misma línea podemos mencionar, igualmente, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 15 de diciembre de 2003 (RJ 2004/327), fundamento de derecho 2.º; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 2 de junio de 2003 (RJ 2003/5065), fundamento de derecho 3.º; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 19 de enero de 2002 (RJ 2002/1316), fundamento de derecho 3.º; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 18 de junio de 2001 (RJ 2001/9512), fundamento de derecho 8.º; la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 31 de octubre de 2000 (RJ 2000/9045), fundamento de derecho 3.º; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.º) de 13 de junio de 2000 (RJ 2000/6531), fundamento de derecho 5.º

(54) Además de la jurisprudencia ya citada puede verse también la que recogen SOCÍAS CAMACHO, «Error material», (n. 46), pp. 159-160 (exponiendo también la opinión del Consejo de Estado), 165-166, 168-169, 185-187, 194-196; SANZ RUBIALES, «Rectificación» (n. 46), pp. 301 ss.; LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., «El error administrativo e informático y su rectificación en el ámbito funcional de la Administración General del Estado y Seguridad Social», *Actualidad Administrativa*, núm. 23 (5 al 11 de junio de 2000), pp. 718 y ss.; jurisprudencia anterior en MEILÁN GIL, «Delimitación», (n. 46), pp. 156 ss., 160 ss., 164 ss., 170 ss., 178 ss.

falta de distinción entre error material y de hecho, relativamente frecuente en la jurisprudencia, cuanto lo que se expone en el fundamento jurídico 6.º, al señalarse: «Desde luego que la rectificación del error conlleva importantes consecuencias [...], pero eso nada dice sobre la existencia del error. El error existe o no con independencia de sus consecuencias; puede ser nimio o de consecuencias importantes, pero el artículo 105-2 no dice que sólo los primeros sean salvables y aun pudiera concluirse que son precisamente los segundos los que con mayor razón deben ser corregidos». Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003/2405), respecto a un error de transcripción de lo acordado dice en su fundamento jurídico 6.º: «De modo, pues, que el error –lamentable error– no recaía sobre la voluntad de la Comisión Permanente, que fue clara y contundente en cuanto a la denegación del nombramiento [...], y que incluso se adoptó por “unanimidad” y de forma “inequívoca”, según se expresa, sino sobre la malhadada (*sic*) transcripción del contenido del acta y del acuerdo, en el sentido de que en éstos se expresaron voluntades que no sólo no existían, sino que eran de signo opuesto, alterándose la expresión “aprobar la propuesta” –que erróneamente se consignó–, por la de que el nombramiento propuesto “era improcedente”, que era la única que se correspondía con aquella voluntad real de denegación o de no acceder al nombramiento, por lo que el acto recaído y la voluntad que recogía era claramente de rechazo de la propuesta, y, aunque voluntad y declaración de voluntad no coincidían, es aquella –la voluntad– la que, sin duda, debe prevalecer, de acuerdo con la propia teoría del acto administrativo e incluso de cualquier expresión de voluntad». Así, en el fundamento de derecho 7.º insiste en que posteriormente sólo se produjo el «simple acomodo y expresión de aquella voluntad real de denegación que resultaba del acta, corrigiendo la constatación documental y la transcripción literal –errónea– de lo que no se había acordado, o, por mejor decir, de lo que se había expresamente rechazado», insistiendo en que «el error no incidía sobre el acto administrativo –que era claro e inexorablemente expresivo– sino sobre tal expresión documental», señalando, para compatibilizar sus afirmaciones con la jurisprudencia de la misma Sala sobre el error rectificable a tenor del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, que pese a la interpretación restrictiva de que debe ser objeto, «ello sólo es aplicable al acto como tal en el que se advierta o se denuncie el error, no cuando éste incide sobre un “acta” en que se transcribe, justamente, lo contrario de lo que se decidió, en cuyo caso al “acto”, no al “acta” –aunque parezca un juego de palabras– ha de estarse rectificándose la expresión errónea de la

última, que, en este sentido [...] no fue aprobada, sino justamente corregida para que expresara como aprobado lo que de verdad se decidió, no lo contrario».

Pese a que, al menos en una primera lectura, puede parecer que las afirmaciones de esta última sentencia no casan bien con las del primer grupo, no es así, pues entre los errores materiales se citan, como vimos, los que tienen que ver con la transcripción, y así lo ha señalado el propio Tribunal Supremo en numerosos supuestos. En resumen, pese a que puedan plantearse dudas en casos concretos –como no podía ser menos–, desde un punto de vista general no se dan dificultades.

El otro gran bloque de pronunciamientos jurisprudenciales se refiere al llamado recurso de aclaración, que permite aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contenga una sentencia o auto definitivo, así como la rectificación de errores materiales manifiestos y errores aritméticos (art. 267.1 LOPJ). En este punto resulta de interés que la redacción vigente del artículo 267 LOPJ distingue entre la rectificación de un error material –fijando determinados plazos– y la rectificación de los errores materiales manifiestos y los aritméticos, que no está sujeta a plazo alguno.

El problema más importante que se ha planteado en este sentido es si por medio de un recurso de aclaración puede modificarse o variarse el sentido del fallo, en cuanto la inmodificabilidad en lo sustancial de las resoluciones judiciales firmes integraría el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional es muy claro: en sus análisis del artículo 267.2 LOPJ (redacción anterior) distingue entre «aclarar algún concepto oscuro» o «suplir cualquier omisión», actividades que no plantean problema alguno, pues «por definición no deben suponer un cambio del sentido y espíritu del fallo» y la corrección del error material. Así, pone de manifiesto que «la corrección del error material entraña siempre, y a diferencia de las anteriores actividades que tienden a integrar el fallo, algún tipo de modificación, en cuanto que la única manera de rectificar o subsanar alguna incorrección es cambiando los términos expresivos del error. En consecuencia, no cabe excluir cierta posibilidad de variación de la resolución judicial aclarada» [STC núm. 23/1994 (Sala 1.ª), de 27 de enero (RTC 1994/23), fundamento jurídico 1.º, sentencia que se convertirá en punto de referencia obligado de la jurisprudencia constitucional posterior]. Al plantearse la cuestión de si la modificación puede alcanzar el fallo de la resolución, la Sentencia a que acabamos de aludir señala: **«En principio, dado que la vía de aclaración no puede utilizarse como remedio de falta de fundamentación en la resolución judicial**

aclarada [...], ni para corregir errores indiciales [sic] de calificación jurídica [...] o subvertir las conclusiones probatorias anteriormente mantenidas [...] habría que deducir que esta vía es inadecuada para anular y sustituir una sentencia firme por otra de fallo contrario... Sin embargo, tradicionalmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene admitiendo la operatividad de esta técnica cuando el error material consiste en mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, entre la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial. En efecto, no puede descartarse este remedio, aunque comporte revisión del sentido del fallo, si se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones e interpretaciones, que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo» [negrita en el original]. En definitiva, el Tribunal Constitucional establece que determinados tipos de errores materiales pueden corregirse vía aclaración, incluso aunque modifiquen el fallo de la resolución. Eso sí, sometiéndolo a límites muy estrictos. A partir de esta sentencia de 1994, los mismos razonamientos se van a repetir una y otra vez (55), sin perjuicio de que también encontremos otros datos de

(55) Véanse las Sentencias 19/1995 (Sala Primera), de 24 de enero (RTC 1995/19), fundamento jurídico 2.º; 82/1995 (Sala Segunda), de 5 de junio (RTC 1995/82), fundamentos jurídicos 3.º y 4.º c), donde se estima el amparo solicitado por ir el auto de aclaración más allá de lo jurídicamente admisible, pese que la Sala partió de un error en cuanto al *petitum* de las partes –razón por la que el Magistrado D. Fernando García Mon formula un voto particular, insistiendo en que el beneficiarse de simples errores materiales no forma parte del art. 24 CE–; Sentencia 170/1995 (Sala Segunda), de 20 de noviembre (RTC 1995/170), fundamento jurídico 2.º; Sentencia núm. 69/2000 (Sala Segunda), de 13 de marzo (RTC 2000/69), fundamentos jurídicos 2.º y 4.º; Sentencia núm. 111/2000 (Sala Segunda), de 5 de mayo (RTC 2000/111), fundamentos jurídicos 12.º y 13.º; Sentencia núm. 262/2000 (Sala Primera), de 30 de octubre (RTC 2000/262), fundamentos jurídicos 2.º, 3.º (donde, en línea con una sentencia anterior, se refiere al texto de la sentencia y al contexto procesal) y 5.º; Sentencia núm. 140/2001 (Sala Primera), de 18 de junio (RTC 2001/140), fundamentos jurídicos 5.º –insistiendo en que el error material a que se refiere el apartado 2 del art. 267 LOPJ es el que puede deducirse con toda certeza del propio texto de la resolución judicial, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones– 6.º y 10.º; Sentencia núm. 59/2001 (Sala Segunda), de 26 de febrero (RTC 2001/59), fundamentos jurídicos 2.º y 4.º; Sentencia núm. 216/2001 (Sala Segunda), de 29 de octubre (RTC 2001/216), fundamentos jurídicos 2.º y 4.º; Sentencia núm. 187/2002 (Sala Segunda), de 14 de octubre (RTC 2002/187), fundamentos jurídicos 6.º y 7.º (de nuevo sobre el concepto de error material); Sentencia núm. 30/2003 (Sala Primera), de 13 de febrero (RTC 2003/30), fundamento jurídico 5.º; Sentencia núm. 141/2003 (Sala Primera), de 14 de julio (RTC 2003/141), fundamentos jurídicos 4.º y 5.º; Sen-

interés. Así, por ejemplo, la STC 19/1995 (Sala Primera), de 24 de enero (RTC 1995/19), que admite también la corrección de la transcripción de la parte dispositiva de la sentencia, señala que del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva no forma parte el beneficiarse de simples errores materiales o evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo (fundamento jurídico 3.º); o la Sentencia 262/2000 (Sala Primera), de 30 de octubre (RTC 2000/262), que insiste en que el error material, a los efectos que ahora tratamos, debe ser «grosero, deducible a simple vista o no precisado de efectuar operaciones jurídicas» (fundamentos jurídicos 3.º y especialmente, a los efectos que nos interesan, 5.º) y en que «los ya estrechos límites dentro de los cuales ha de desenvolverse el trámite de aclaración han de ser interpretados aún más restrictivamente si cabe cuando [...] la modificación de una resolución judicial firme [...] produce una especial afectación en el principio constitucional de seguridad jurídica estrechamente vinculado a la institución de la cosa juzgada» (fundamento jurídico 5.º).

En la misma línea se pronuncia igualmente el Tribunal Supremo (56), distinguiendo claramente entre la producción de un error y la rectificación del mismo por medio del recurso de aclaración. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 786/2001 (Sala de lo Civil), de 20 de julio (RJ 2001/8407), admite que se produjo un error que repercutió en el fallo, pero descarta la utilización del recurso de aclaración en cuanto que no se trataba de conclusiones que se impusiesen automáticamente por sí mismas, «sino que se impostan en la premisa menor

tencia núm. 31/2004 (Sala Segunda), de 4 de marzo (RTC 2004/31), fundamentos jurídicos 6.º (donde insiste una vez más en que el error sea grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno) y 7.º

(56) Véanse Sentencia núm. 689/1999 (Sala de lo Civil), de 27 de julio (RJ 1999/6100), fundamento jurídico 3.º; Sentencia núm. 786/2001 (Sala de lo Civil), de 20 de julio (RJ 2001/8407), fundamento de derecho 4.º; Sentencia núm. 1124/2001 (Sala de lo Civil), de 29 de noviembre (RJ 2001/9532), fundamento de derecho primero, donde se refiere a que «cuando la discordancia entre lo que debe ser y lo consignado resulte evidente en los propios términos de la sentencia porque el salvarla corrigiendo no supone revisión, por otro, y, forzándola al máximo porque ni siquiera la alcanza»; Sentencia núm. 680/2001 (Sala de lo Civil), de 6 de julio (RJ 2001/5147), fundamento de derecho segundo; Sentencia núm. 965/2002 (Sala de lo Civil), de 17 de octubre (RJ 2002/8966), fundamento de derecho 3.º, permitiéndose la modificación del sentido del fallo «siempre que la discordancia o contradicción resulte de los propios términos de la sentencia, comparando lo resuelto con sus razonamientos, con las peticiones de las partes y la causa de pedir, como recogió la sentencia de 2 de julio de 1987».

del “silogismo judicial” exigiendo un establecimiento de hechos probados diferentes y de acuerdo con una valoración de la prueba adecuada, una tarea de subsanación que no coincide con la explicitada en la sentencia viciada de error» (fundamento de derecho 5.º).

2 Algunas conclusiones

Tras la exposición jurisprudencial anterior no resulta muy difícil entender por qué, con independencia de razonamientos materiales, la doctrina y la propia jurisprudencia contencioso-administrativa interpretan el artículo 19.2.ª.a) del Real Decreto 1511/1986 limitándolo a los errores u omisiones materiales que no alteren o modifiquen el sentido de la disposición: se trata de uno de los requisitos exigidos tradicionalmente por la jurisprudencia para poder rectificar los errores materiales sin acudir a otros procedimientos como la revocación o la revisión de oficio. Si así es respecto a los actos administrativos, ¿por qué debería ser de otro modo en relación con las Leyes —que es lo que nos interesa—? Exactamente igual, parece que el propio concepto de error material rectificable exige que éste se desprenda del contexto —datos del expediente—, de forma que el precepto en cuestión, aparentemente, no estaría señalando nada nuevo. Sin embargo, ya hemos visto que, en relación con el recurso de aclaración, es posible rectificar un error material aunque ello suponga modificación del sentido del fallo, siempre que el mismo se desprenda con claridad del propio texto de la sentencia, esto es, siempre que el error se deduzca claramente —sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, sin requerir pericia o razonamiento jurídico alguno para su detección— del contexto —en el sentido de que antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho serían el contexto de la parte dispositiva.

A la vista de las afirmaciones anteriores, la interpretación mayoritaria del artículo 19.1.ª a) del Real Decreto 1511/1986 creemos que resulta discutible, pues ¿por qué no recoger otras notas del «concepto» de error material? De hecho, si nos fijamos en otros textos que aluden al error material, lo normal es que no le añadan calificativo alguno o, en todo caso, que exijan que el mismo sea «manifiesto» (art. 267.3 LOPJ). En definitiva, nos parece más bien que el legislador lo único que hace es fijar los límites de la corrección de un error material que debe salvar el propio Organismo, atendiendo a los dos aspectos a los que hace referencia: que no se altere o modifique el sentido de la disposición o que, incluso haciéndolo, se deduzca claramente del contexto, siempre, por supuesto, que la rectificación se juzgue conveniente para evitar posibles confusiones. Fuera de estos casos, estemos

ante un error material o no, la rectificación debe realizarse por una disposición del mismo rango.

Los razonamientos anteriores no solucionan, claro está, el problema de la adecuación a lo previsto por nuestro ordenamiento de la corrección de errores de la Ley Orgánica 15/2003 que analizamos. En todo caso, nos suministran la base para analizar si la misma resulta admisible, rechazada la concepción mayoritaria –cuyas consecuencias para este caso ya conocemos–, desde una interpretación más generosa.

Los problemas, por tanto, son si estamos ante un error material y si éste se deduce claramente del contexto, dado que es obvio que se altera el sentido de los preceptos mencionados y, si efectivamente existía un error material, tampoco puede dudarse de la oportunidad –es más, necesidad– de rectificarlo.

Analicemos el primer problema: ¿se produjo un error material en la Ley Orgánica 15/2003?

La cuestión resulta discutible. Así, se ha rechazado que nos encontremos ante un error material, pues resulta dudoso que del juicio de valoración que conlleva la interpretación de dos Leyes penales (la Ley Orgánica 11/2003 y la Ley Orgánica 15/2003) pueda concluirse que estamos ante un simple error material (57). Se acude además a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –sin desconocer las diferencias entre el recurso de aclaración y una Ley– y a la jurisprudencia contencioso-administrativa para negar que nos encontremos ante un supuesto en el que valga la mera corrección de errores (58).

Mas, aunque consideremos que la jurisprudencia fija antes el concepto de error material rectificable que el de error material, esto es, que le preocupan más las condiciones de corrección de un error material que el concepto del mismo, tampoco resulta tan fácil admitir que se trata de un error material. Las modificaciones que comentamos –la supresión de la referencia al párrafo 1 del art. 234 y al párr. 1.º del ap. 1.º del art. 244– aparecen en el texto del Dictamen de la Comisión de Justicia del Senado, pero no habían sido objeto de discusión, en el sentido aquí relevante, en la Comisión. Desde esta perspectiva no parece haber duda de que el Dictamen es, en el fondo, un texto distinto del que había resultado de los debates de la Comisión (59). La voluntad del grupo mayoritario era, sin duda, mantener

(57) Así JIMÉNEZ SEGADO, C., «Corrección» (n. 9), pp. 15 y 16; de acuerdo GUARDIOLA GARCÍA, «Corrección» (n. 9), p. 53.

(58) JIMÉNEZ SEGADO, «Corrección» (n. 9), pp. 16-17.

(59) Para lo que sigue y las concretas referencias véase MELENDO PARDOS «Bromas» (n. 7), p. 15, y las notas correspondientes; dudas similares, si bien parece negar que pueda hablarse de error, en GUARDIOLA GARCÍA, «Corrección» (n. 9),

los párrafos 2.º del artículo 234 y 244, apartado 1. Siendo ello así, no parece que pueda dudarse de que, efectivamente, se produce un error material, esto es, una discordancia entre la voluntad de la Comisión y su reflejo en el texto. La cuestión se complica porque el texto que se discute en el Pleno del Senado ya contiene las modificaciones erróneamente introducidas –que, no lo olvidemos, vienen subrayadas y en negrita–, de modo que ya no se produce divergencia alguna –al menos en este punto– entre el texto que se discute y el que resulta aprobado. ¿Ha hecho suyo la mayoría este texto? Los debates parlamentarios permiten sostener que no, pese a que no haya referencia alguna al problema concreto en cuestión. Aprobado el texto, se envía al Congreso y se repite lo que ya había sucedido. Del debate puede deducirse cuál era la voluntad mayoritaria, pese a que la misma se veía reflejada de modo erróneo en el texto que se votó y aprobó. Es necesario volver a destacar que las enmiendas del Senado, además de figurar subrayadas y en negrita, vienen (escuetamente) motivadas una a una.

En definitiva, la voluntad de la mayoría parlamentaria puede resultar clara, pero el «esfuerzo» que hizo para que la misma se manifestase claramente en el texto es lamentable –por no decir algo peor–. Precisamente porque en ningún momento la mayoría parlamentaria cuestionó el texto que terminó siendo aprobado me referí en su momento a que, si bien había existido un error, el mismo había sido «validado» por las propias Cámaras (60). Nos vemos remitidos, así, al problema de los vicios obstativos o de la voluntad en el procedimiento legislativo, para los que, si se admiten, se defiende siempre que la corrección deben realizarla las propias Cámaras, esto es, la necesidad de repetir el procedimiento legislativo (61).

La finalidad del procedimiento legislativo no es otra que «garantizar la correcta formación de la voluntad del órgano que debe tomar la decisión» (62), de forma que los requisitos previstos para la elaboración de la Ley «consisten en que la propia Ley sea la manifestación de la voluntad de la mayoría en el Parlamento, siempre que durante su formación se haya garantizado la participación de los sujetos interesados, en un procedimiento público», de forma que existen normas de

pp. 53-55 (con referencias también a los diversos estadios de la tramitación parlamentaria).

(60) MELENDO PARDOS, «Bromas» (n. 7), p. 16.

(61) BIGLINO CAMPOS, *Vicios* (n. 20), pp. 116-117; *Publicación* (n. 11), pp. 146-147; (n. 60), pp. 148-149 (n. 61).

(62) Así BIGLINO CAMPOS, *Vicios* (n. 20), p. 56 (n. 108).

carácter instrumental «cuya finalidad es ordenar la votación para evitar que se produzcan distorsiones entre la voluntad que pretende manifestarse y la realmente expresada» (63). Ello no quiere decir que todos los vicios en el procedimiento legislativo produzcan los mismos efectos ni deban tener el mismo tratamiento. De hecho, Biglino Campos, la autora que con mayor profundidad y rigor ha estudiado estas cuestiones en nuestro país, conjuga el principio democrático con el principio de economía del Derecho, de forma que «el principio de economía del Derecho exige, por lo tanto, que no baste con constatar la existencia de un vicio y extraer sus consecuencias jurídicas. *Al contrario, en la medida en que lo consiente el propio sistema jurídico, es necesario limitar dichas consecuencias para evitar un perjuicio a la propia sociedad*» (64). Por ello «sólo causas de notable gravedad pueden conducir a que las Cámaras, en las que se expresa la voluntad popular, necesiten reiterar la actividad legislativa sobre todo cuando, a pesar del vicio procedimental, la decisión de fondo puede resultar inalterada» (65). Probablemente por ello señala igualmente que «aunque actos posteriores del procedimiento pueden sanar los vicios del acto preliminares, esta convalidación no puede considerarse automática» y que «aunque la posibilidad de sanación existe, no cabe afirmar que la decisión definitiva de la Cámara constituya, de por sí, una causa suficiente» (66). En definitiva, es posible que, pese a la votación de textos posteriores donde ya no podría hablarse de error en sentido estricto, el hecho de haberse producido con anterioridad permitiese seguir hablando de que se aprueba un texto que no refleja la voluntad de la mayoría y, por tanto, es erróneo.

Pese a que, como es lógico, Ley es lo que aprueba el Parlamento y los defectos en la fijación de su contenido deben ser remediados por éste, como defiende la mayoría doctrinal (67), no siempre tiene por qué repetirse el procedimiento legislativo. Si nuestra interpretación del artículo 19.2.^a a) es correcta, podría haber supuestos en que no fuese necesario. Para seguir trabajando con el mismo problema –los arts. 234 y 244, apartado 1– vamos a conceder que lo importante es la

(63) Todo lo anterior en BIGLINO CAMPOS, *Vicios* (n. 20), pp. 73 y 75, respectivamente.

(64) BIGLINO CAMPOS, *Vicios* (n. 20), p. 129 (subrayado añadido).

(65) BIGLINO CAMPOS, *Vicios* (n. 20), p. 131. Y ello aunque esta autora considere que el error en la fijación del contenido de la Ley es uno que *siempre* lleva a la necesidad de repetir el procedimiento legislativo –véase *supra* n. 61.

(66) BIGLINO CAMPOS, *Vicios* (n. 20), pp. 149-150.

(67) Así, SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos* (n. 6), p. 366.

voluntad de la mayoría, que, en este caso, no encontró reflejo adecuado en su expresión escrita –pese a que hubo repetidas oportunidades para hacerlo– y, por tanto, admitamos que existe un error material. Podríamos recordar que, como señalaba la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 25 de febrero de 2003, anteriormente citada, «aunque voluntad y declaración de voluntad no coincidían, es aquélla –la voluntad–, la que, sin duda, debe prevalecer, de acuerdo con la propia teoría del acto administrativo e incluso de cualquier expresión de voluntad».

La voluntarista interpretación anterior (68) resulta más necesaria todavía si queremos analizar en profundidad las posibilidades de realizar una corrección de errores como la que se efectuó. Negado el error material no habría, lógicamente, razones para continuar el análisis. Así, e igual que sucedía al rechazar la interpretación mayoritaria del artículo 19.2.ªa) del Real Decreto 1511/1986, nuestra intención es agotar, en lo posible, las vías por las que puede realizarse una corrección de errores en nuestro ordenamiento fuera de los supuestos de error de composición o impresión y de los casos en que, sin duda, hay que acudir a una disposición del mismo rango normativo.

3 Significado del contexto

Admitida así, aunque sólo sea a efectos analíticos, la existencia de un error material, todavía debería darse otro requisito: el mismo debe desprenderse claramente del contexto. ¿Cuál es el contexto a estos efectos? Parece lógico pensar que el contexto de una determinada Ley será el procedimiento legislativo, con las discusiones parlamentarias y los diferentes textos que se van aprobando. Evidentemente, éste es el contexto que nos puede servir para comprobar la existencia de un error. Sin embargo, el artículo 19.2.ªa) lo que exige es que «el error se deduzca claramente del contexto», lo que, en nuestra opinión, es algo distinto. No se trata de que situando el texto remitido para publicación en un determinado contexto podamos concluir que existe un error material, sino de que *el propio texto ponga directamente de manifiesto*

(68) Más allá de los argumentos respecto a la distinción de los vicios en las diversas fases, encontraríamos también, lógicamente, los problemas de considerar la Ley una declaración de voluntad que, sin embargo, podemos pasar por alto. Véanse las reflexiones de BIGLINO CAMPOS, *Vicios* (n. 20), pp. 114 ss.

del error. Sólo en este caso, cuando *de la mera lectura del texto se desprenda que hay un error* –normalmente por darse alguna incongruencia o incoherencia en el mismo– es cuando puede pasar a comprobarse si, efectivamente, hay tal error –pues no siempre será el caso o el error no tendrá por qué ser material (69)– y, por tanto, que es necesario corregirlo. Si, como hemos visto en el análisis de la jurisprudencia sobre el recurso de aclaración, el error material que puede rectificarse por esta vía es el que se deduce, sin más, del propio texto de la sentencia, lo que es tanto como decir que el texto de la sentencia constituye su propio contexto, lo mismo ocurre aquí. Sólo cuando el texto de la Ley refleja claramente un error podremos pasar a analizar si el mismo tiene carácter material y, por tanto, puede salvarse por el Organismo correspondiente instando una nueva publicación.

La solución anterior cuenta a su favor con argumentos conceptuales y positivos. Por un lado, si se admitiese la posibilidad de acudir directamente a redacciones anteriores de un texto o a los debates parlamentarios, el menosprecio de los términos elegidos –acertadamente o no– por el legislador, reflejados en el texto finalmente aprobado y publicado, sería absoluto, con la consiguiente relativización del ya bastante castigado principio de legalidad, además de que se abrirían las puertas a la corrección de supuestos errores que, en el fondo, no tienen nada que ver con una equivocación, sino con otras razones –y que es lo que quiere evitar el procedimiento que se establece legislativamente–. Por otro lado, el artículo 19.2.^a del Real Decreto 1511/1986 se refiere a los errores padecidos en el texto remitido para la publicación, de manera que éste es el contexto del que debe deducirse claramente –como requiere su letra *a*)– el error: el propio texto remitido para publicación.

Para evitar malentendidos: no estamos negando que los errores materiales puedan corregirse por el Organismo correspondiente si alteran o modifican el sentido o contenido de las disposiciones. Lo que sostenemos es que los límites que establece nuestro Derecho positivo no permiten que determinados tipos de errores materiales se corrijan instando meramente una nueva publicación y hay que hacerlo mediante una norma del mismo rango. Y ello aunque admitamos que,

(69) Basta pensar en la curiosa redacción del artículo 153 CP tras la reforma que efectuó la Ley Orgánica 11/2003, pues exige que la amenaza leve se realice «con armas y otros instrumentos peligrosos», acumulación que, desde luego, carece de sentido. Exponer el *iter legislativo* de dicho artículo nos alejaría demasiado, sin embargo, del objeto principal de este trabajo.

en otros casos y con los estrechos límites señalados, pueda ser suficiente meramente instar la nueva publicación por mucho que la rectificación de un error material suponga modificación o alteración del sentido de la disposición, esto es, aunque se parta de una interpretación distinta a la mayoritaria.

Si nos referimos ahora a las figuras de acumulación de infracciones patrimoniales, no parece que del contexto, tal y como lo hemos interpretado, esto es, de la propia Ley Orgánica 15/2003 se deduzca que estamos ante un error y menos todavía que se deduzca claramente. La mera lectura no nos dice nada. La supresión de dichas figuras causa sorpresa –y nos pone en la pista de la existencia de un error– porque se habían incorporado dos meses antes. Sólo porque conocemos la Ley Orgánica 11/2003 y los debates que tuvieron lugar en la elaboración de ambas Leyes podemos pensar que estamos en presencia de un error. A partir de ahí es cuando se acude a la elaboración de la Ley Orgánica 15/2003 y se descubre la modificación que pasó inadvertida. Sólo teniendo en cuenta estos datos es cuando podemos decir que estamos, claramente, ante un error en el texto remitido para su publicación. El único problema es que dicho error no se deduce del propio texto, que es el que funciona como contexto a efectos de corrección de errores que modifiquen o alteren el sentido de las disposiciones en los casos de simple error u omisión material, sino de un contexto muy diferente: el de una determinada política criminal, reflejada en el contenido de las normas y en la forma de elaborarlas y aprobarlas. Mas, evidentemente, ello nos sitúa muy lejos del contexto al que se refiere el artículo 19.2.^aa).

V. CONCLUSIONES

La solución, por tanto, está clara: si se quiere corregir este error hay que utilizar la vía del artículo 19.2.^ab) y acudir a una disposición del mismo rango. En definitiva, como ya señalamos en su momento, las figuras de acumulación de infracciones patrimoniales no existen –en mi opinión y como deberán establecer los Tribunales– en nuestro ordenamiento jurídico desde el 1 de octubre de 2004, y así habrá de seguir siendo, salvo que el legislador –lo que esperamos que no suceda–, de forma jurídicamente correcta, decida lo contrario.

De todos es conocido que en la Ley Orgánica 15/2003 existen más errores que los «corregidos» hasta el momento. Quizá podría pensarse

que más útiles que las reflexiones anteriores, de las que puede decirse que, en el fondo, sólo ratifican lo que ya se sabía, hubiese sido una ejemplificación de errores que pueden corregirse por medio de una simple corrección y otros que necesitan disposición del mismo rango. Probablemente tiene toda la razón quien así piense. Mas si «doctores tiene la Iglesia», «letrados tienen las Cortes» –sin excluir, por supuesto, posibles solapamientos–, así que sería realizar una tarea que no me corresponde (70).

Se ha señalado, con razón, la escasa trascendencia práctica de la derogación en cuestión (71), lo que todavía cuestionaría más un estudio como el presente. Sin embargo, si al comienzo de estas páginas me refería a que la reacción de nuestra doctrina no había sido todo lo enérgica que se podía esperar, no era porque no falten duros calificativos a los preceptos y a las reformas en general. No es el caso. El verdadero problema es si no estamos otra vez ante la tradicional actitud del jurista, que «limita su estudio y sus aportaciones conceptuales a la aplicación del Derecho» (72), esto es, que interpreta lo que le pongan delante. Resulta curioso poder afirmar lo anterior en un estudio que se ocupa, precisamente, de la aplicación del Derecho vigente. La creencia del autor de estas páginas en las posibilidades de la teoría de la legislación, simplemente insinuada y, desde luego, no refrendada por aportación alguna, no puede quedar ensombrecida por otra cuestión: el estudio de la aplicación del Derecho positivo va más allá, lógicamente, de los preceptos del Código Penal o de las Leyes penales especiales. Así, mientras elaboramos construcciones sobre la creación del Derecho, merece la pena detenerse en la aplicación de los instrumentos normativos que, por el momento, inciden en la creación del Derecho. Al menos en una pequeña cuestión podemos seguir tranquilos: las correcciones de errores no se han convertido en fuente del Derecho.

(70) Además, existe ya una contribución de ABEL SOUTO, «Discordancias» (n. 2), pp. 65 ss., que contribuye a descargar de trabajo a nuestro legislador.

(71) GUARDIOLA GARCÍA, «Corrección» (n. 9), pp. 55-56.

(72) Díez RIPOLLÉS, *Racionalidad* (n. 1), pp. 71 (de donde se ha tomado la cita), y 73-74, para la dogmática penal; igualmente ORTIZ DE URBINA, I., *Teoría de la legislación y Derecho Penal. La aprobación del Código Penal de 1995 y la relación entre dogmática y política criminal desde el punto de vista de la teoría de la legislación* (inédito), pp. 1-2, 5 ss., 22-23.

Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena (1)

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, las Leyes penales de los países de nuestro entorno cultural y político han ido prestando una atención creciente al fenómeno de la delincuencia xenófoba. Entre las figuras delictivas que esta *legislación penal antidiscriminatoria* ha introducido, destaca la de la circunstancia agravante de «motivación discriminatoria». Esta clase de normas penales, originaria del Derecho Penal anglosajón (2), ha encontrado acogida en la moderna legislación española.

Artículo 22 CP: «Son circunstancias agravantes: [...] 4.^a Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia,

(1) Este trabajo es una ligera modificación del publicado en el *Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho Penal*, Bogotá, 2003, pp. 497 ss.

(2) BORJA JIMÉNEZ, *Violencia racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal*, Granada, 1999, p. 323; LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia*, Bilbao, 2000, pp. 111 ss. (más en extenso, sobre los diferentes modelos político-criminales de reacción penal ante la delincuencia xenófoba, *vid. EL MISMO, La intervención*, pp. 204 ss.); EL MISMO, *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal*, Granada, 2001, pp. 178 ss.

raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca» (3).

La doctrina penal española ha acogido la introducción de esta agravante con una actitud dividida. Por una parte, saludando la llegada de una respuesta sancionadora específica y cualificada a unos actos delictivos que –con razón– son sentidos como cualitativamente más dañinos; por otra, mostrando su incomodidad –cuando no su abierta oposición– ante una norma que parece vincular ese *plus* sancionador con circunstancias pertenecientes al fuero interno de la persona –«motivos»– y que, en consecuencia, fundamenta una sanción (adicional) con un expediente propio del Derecho Penal de autor. Este último extremo lleva a algunos autores a dudar de la constitucionalidad del precepto.

En las próximas páginas se analizará la acogida que ha tenido esta regulación en la doctrina española, la valoración que ésta ha hecho de una norma tan polémica, y las posibilidades de una interpretación compatible con el Derecho Penal del hecho.

II. LAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES DEL ARTÍCULO 22.4.^a

1. Interpretaciones subjetivistas

Es mayoritaria en la doctrina española la línea que considera la agravante del artículo 22.4 como de naturaleza *subjetiva* o *preponderantemente subjetiva* (4) (y en ocasiones, precisamente por ello, manifiesta sus dudas acerca de su constitucionalidad) (5). Mas no (o no

(3) El artículo 22.4.^a del CP 1995 tiene su antecedente inmediato en la agravante del artículo 10.17.^a del derogado CP TR 1973, introducido por la Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo (es decir: poco antes de la aprobación del CP 1995). El antiguo artículo 10.17.^a restringía su aplicación al ámbito de los delitos contra las personas y el patrimonio, a diferencia del actual, que –al menos expresamente– no contiene restricción alguna (*vid.* por todos LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 86 ss.).

(4) Algunas notables excepciones las hallamos en los trabajos de LAURENZO COPELLO, Patricia, «La discriminación en el Código Penal de 1995», en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XIX, pp. 279 ss., y, especialmente, 281 ss.; y LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 180 ss. (precedido por la breve pero interesante propuesta de la profesora ASÚA BATARRITA, en el prólogo a la anterior monografía del propio LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 12). La primera propuesta, sin embargo, contiene también ciertos elementos subjetivizantes a los que se deberá atender más adelante.

(5) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 6.^a ed., Valencia, 2002, p. 490.

sólo) subjetiva en el sentido del régimen de comunicabilidad de las circunstancias (6), sino por establecer la *ratio* de la agravación del artículo 22.4.^a en que la comisión del delito venga determinada por determinados *procesos psíquicos* o *internos del sujeto*. Con frecuencia se afirma que en esta circunstancia se plasma un «incremento de la culpabilidad» o del «reproche culpabilístico» (7); sin embargo, existen también autores que, manteniendo la caracterización preponderantemente subjetiva de la agravante, consideran que responde a un incremento del injusto subjetivo (8).

En este sentido, la doctrina ha fundamentado el desvalor adicional de la conducta en el móvil que lleva al autor a actuar, debido a su carácter *abyecto* o *particularmente indeseable* (9), o por ser rechazados desde el punto de vista político-criminal (10); se ha hablado también de una «característica de la actitud espiritual o racional del sujeto» (11), que forma parte de su ánimo (12) o fuero interno (13).

(6) En concreto: limitando su aplicación a las personas en quienes efectivamente concurren (art. 65.1 CP). *Vid.*, por ejemplo, CUERDA ARNAU, María Luisa, en *Comentarios al Código Penal de 1995* (T. S. Vives Antón dir.), vol. I, Valencia, 1996, p. 247; GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; FRIGOLA VALLINA, Joaquín, *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995*, Barcelona, 2000, p. 232.

(7) CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte General (lecciones 26-40)*, 2.^a ed., Madrid, 2000, p. 146; CUERDA ARNAU, *Comentarios*, p. 240; BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *La discriminación en el Derecho Penal*, Granada, 1998, pp. 65, 70 («mayor reproche culpabilístico»).

(8) Especialmente, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, 7.^a ed., Barcelona, 2004, lección 26, núms. margs. 2-4, 32; LANDECHO VELASCO, Carlos M.^a; MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho Penal español. Parte General*, 5.^a ed., Madrid, 1996, p. 417. Ecléctica es la posición de BERISTAIN IPIÑA [en *Comentarios al Código Penal, tomo II (artículos 19 a 23)* –M. Cobo del Rosal dir.–, Madrid, 2000, p. 972], quien considera que incrementa tanto el injusto como la reprochabilidad.

(9) *Vid.* CEREZO MIR, José, *PG, (lecciones 26-40)*, p. 146; CUERDA ARNAU, *Comentarios I*, pp. 239, 245; COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal, Parte General*, 5.^a ed., Valencia, 1999, p. 897 (estos dos últimos trabajos se muestran críticos con la agravante, precisamente por interpretarla en este sentido subjetivo). Similar, aunque ubicando el problema claramente en el ámbito del injusto (subjetivo), MIR PUIG, *PG*, 26/7 («motivaciones particularmente indeseables»).

(10) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3.^a ed., Pamplona, 2002, p. 740.

(11) BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, pp. 62 ss.

(12) LANDECHO/MOLINA, *PG*, p. 422.

(13) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, p. 490 (si bien criticando una tal agravación subjetiva, en la que no cabe encontrar «razones por las que la gravedad objetiva se vea incrementada»).

Se ha aducido también que tal agravación es una respuesta a una manifestación de «los más bajos y primitivos instintos de desprecio al ser humano y a los derechos fundamentales de la persona» y de «una ideología que es determinante en su decisión de lesionar los bienes jurídicos de sus víctimas» (14).

2. Crítica a las interpretaciones subjetivistas

A) Problemas conceptuales y probatorios

Ninguna de las obras citadas aboga, ciertamente, por la sanción del mero hecho de albergar o manifestar ideas racistas. Sin embargo, esta corriente doctrinal tan sólo explica la diferencia de pena entre un delito en el que concurra dicha agravante y otro en la que no concurra porque quien comete el primero ha albergado en el momento de su ejecución un impulso que lo motiva a delinquir: el odio al otro por ser otro, por su *otredad*.

La doctrina ya había destacado con anterioridad la inadecuación del concepto de *motivo* o *motivación* para fundamentar juicios de responsabilidad penal, tanto por su indeterminación conceptual como por la imposibilidad de prueba (15). Así, destacan como principales inconvenientes «quizá insolubles» (16) la imposibilidad de distinguir netamente entre motivaciones conscientes e inconscientes (17) (y la inadecuación de incrementar una sanción por estas últimas); la dificultad de determinar qué motivaciones han sido *suficientemente relevantes*; dificultad a la que se añade el que las motivaciones se suceden *motivándose* las unas a las otras, obligando a quien las investigue a un «retorno sucesivo de motivos más próximos a más remotos» (18). A estas objeciones se han intentado oponer soluciones poco practicable, como la que pasa por dilucidar la *motivación predominante* (19),

(14) BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. II, Madrid, 1999, p. 410.

(15) Con respecto a la crítica que sigue, *vid.* Díez RIPOLLÉS, José Luis, «La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia», en *ADPCP*, 1979, pp. 93 ss., en especial p. 136 (en general, sobre su uso en Derecho Penal), y 137 (refiriéndose a la posibilidad de fundamentar juicios de *reprochabilidad* penal); sobre la enorme dificultad o imposibilidad de prueba, *vid.* LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal...*, p. 212; BORJA JIMÉNEZ, *Violencia racista...*, p. 327, y la STS 24 de abril de 2002.

(16) Díez RIPOLLÉS, *ADPCP*, 1979, p. 100.

(17) Díez RIPOLLÉS, *ADPCP*, 1979, pp. 97, 98, 101, 137.

(18) Díez RIPOLLÉS, *ADPCP*, 1979, pp. 99, 101, 137.

(19) Al respecto, *vid.* Díez RIPOLLÉS, *ADPCP*, 1979, pp. 99, 100, 137.

o la que atribuye relevancia a estos efectos a la que haya sido inmediatamente anterior, en sentido temporal, al dolo o a la determinación delictiva (20).

Para establecer distinciones tan netas dentro de la maraña de motivaciones con la que se pretende explicar la conducta de una persona es necesario poder analizarla de un modo racional. Posiblemente, si hablamos de «motivaciones predominantes» (es decir, de un *rango* entre los motivos que determinan a alguien a una conducta), nos hallemos bien ante una reconstrucción *secuencial y racionalizada* del proceso de motivación (es decir: una simplificación falseadora del verdadero y complejo proceso); o bien ante una identificación de los *motivos* con los *elementos de tendencia trascendente* (como el elemento subjetivo específico de la tentativa inacabada (21), es decir, con el «dolo» *de hacer algo después*). Esta *tendencia trascendente* o *animus* es bastante más accesible al observador y practicable en un proceso (pronosticando qué pretendía hacer alguien después de realizar un determinado comportamiento, con base en este último). Sin embargo, es claramente inadecuado para la interpretación de este precepto, que no se remite, como el ánimo de lucro u otros *animi*, a una conducta futura, sino tan sólo a los *determinantes ideológicos* de un determinado comportamiento.

Si, por el contrario, se entendiese que la mera presencia de una motivación de carácter xenófobo en la comisión de un delito, aun siendo de escasísima relevancia en el proceso motivacional, determinar la aplicación de la agravante, quizá se eliminase un problema interpretativo, pero al intolerable coste de crear una norma que no se compadece en absoluto con la intención del legislador y, además, intolerablemente punitivista (22). No obstante, y con todo, no es éste el principal problema de los planteamientos subjetivos, como veremos más adelante.

B) *Consecuencias político-criminalmente indeseables de esta interpretación*

A los problemas interpretativos y epistemológicos expuestos hasta ahora han de sumarse ciertos efectos totalmente indeseables que una

(20) DÍEZ RIPOLLÉS, *ADPCP*, 1979, p. 100. La SAP Cuenca de 7 de julio de 1998 (núm. 49/1998) entra a hacer una serie de complejas consideraciones sobre la «motivación más próxima», la «más relevante» y una suerte de método de la *motivatio sine qua non*, de la que puede salir finalmente de un modo sencillo: apelando a que el Jurado *no la estimó concurrente*.

(21) *Vid.* MIR PUIG, *PG*, 13/77.

(22) DÍEZ RIPOLLÉS, *ADPCP*, 1979, p. 101.

interpretación subjetivizante del artículo 22.4.^a traería consigo. Así, no cabría aplicar esta agravante a quien realizase ataques racistas *por encargo*, ya fuese remunerado o no (23). En estos supuestos, como la «motivación xenófoba» tan sólo se encuentra presente en quien realiza el encargo, y no en quien lo ejecuta, no cabe explicar la agravación atendiendo a la citada interpretación *subjetivizante*, por lo que sicario y «mandante» tendrían una diversa consideración jurídica con respecto a su intervención delictiva en un ataque racista (24).

Otro supuesto fácilmente imaginable de comisión de delitos en la que el autor no está motivado por ideologías xenófobas, pero que no puede ser excluido del ámbito del artículo 22.4.^a es, por ejemplo, el de quienes atemorizasen a las personas extranjeras que habitasen un determinado barrio, para lograr que se marchen de él y obtener, según los (éstos sí) *racistas* criterios del mercado inmobiliario: una revalorización de los pisos que poseen en esa zona. Estas personas pueden no compartir estos presupuestos ideológicos, incluso ser partidarios de los postulados opuestos (pueden ser también extranjeros); su *motivación* puede ser puramente económica [no incardinable en la agravante de precio, pues el beneficio económico esperado es el incremento de valor de los pisos en el mercado, y no la recompensa de alguien (25)] y no xenófoba. No obstante, no cabe duda alguna de que cooperan a la situación de amenaza constante en la que ciertos colectivos viven hoy en día en nuestra sociedad. Sobre este criterio volveremos más adelante.

(23) Es cierto que en los casos de encargo remunerado (previsiblemente más frecuentes que los no remunerados) cabe aplicar la agravante de ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa (según la opinión mayoritaria, que entiende que es de aplicación no sólo a quien promete la remuneración o recompensa, sino también a quien delinque para recibirla). Sin embargo, eso no empece a la objeción aquí planteada: dos hechos idénticamente infractores deben merecer la misma condena, independientemente de la ideología del autor, sin que sea necesario acudir a este tipo de *patches*. Cualquier otra respuesta haría que la sanción devolviera una caricatura o imagen distorsionada del ordenamiento entendido desde una perspectiva de legitimidad constitucional, en vez de la reafirmación de su vigencia (FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassung. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln *et al.*, 1992, p. 110).

(24) Destaca ZAFFARONI («El discurso racista: eficacia de su estructura», en *Eguzkilore*, núm. 11 extraord., 1997, p. 262.) la importancia de estos *ejecutores materiales* en este tipo de agresiones, desvinculados materialmente de los ideólogos.

(25) Distinto sería el tratamiento en el ordenamiento alemán, que contempla la agravante de «avaricia» («*Habgier*»), donde lo determinante es la motivación del sujeto. La subjetivización de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que trajo consigo la reforma nacionalsocialista («avaricia» en vez de «precio»; «crueldad» —«*Grausamkeit*»— en vez de «ensañamiento», etc.) resulta en ocasiones muy difícilmente compatible con los criterios del Derecho Penal del hecho.

Siendo muy importantes todos los problemas interpretativos que se acaban de señalar, no son sino *consecuencias* de lo que considero un error de raíz, cual es la *imposibilidad de fundamentar una sanción* (o una *mayor sanción*) *para un hecho atendiendo a las motivaciones internas que supuestamente lo originan.*

C) *Inconstitucionalidad de la agravación por motivaciones (internas) xenófobas: ausencia de legitimación material*

La sanción penal, como cualquier intervención estatal, y en especial como la más intensamente restrictiva de derechos, requiere una legitimación material cuyos criterios han de derivarse de la Constitución (26). Esto no sólo se debe predicar de las sanciones típicas, sino también de las circunstancias que agravan la sanción, pues son también presupuesto de una intervención estatal en la esfera de una persona mediante (más) pena. El que esa restricción adicional de derechos se plasme en la agravación de otra pena (es decir: se lleve a cabo mediante la imposición de una pena más gravosa que si no hubiese concurrido) no puede ser causa de una relajación en los presupuestos de legitimación material (27).

De este modo, tanto en las sanciones típicas como en las circunstancias agravantes, es requisito para la punición de una conducta (28) el que el Estado esté *legitimado para prohibirla*. El análisis de la legitimación material para la sanción (penal o de cualquier otro tipo) se puede dividir, pues, en dos niveles: legitimación de la prohibición (de la norma de conducta) y legitimación de la norma de sanción (29).

Sucintamente: el Derecho, al establecer una prohibición o un mandato (norma de conducta), respalda jurídicamente la pretensión de un sujeto, imponiendo a otros sujetos el deber de no atacarla o de colabo-

(26) Por todos, *vid.* MIR PUIG, *PG*, 3/63 ss., 4/1 ss.

(27) DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el CP/1995», en *RDPP* núm. 4 (2000), pp. 61 ss., 63-64, 73 ss., 87.

(28) Para el siguiente desarrollo, *vid.* más en extenso FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassung*, § 9 ss. (p. 51 ss.).

(29) La distinción se adopta aquí desde una perspectiva puramente analítica, sin entrar en el debate de si cabe llamar «norma» a aquella expectativa no acompañada (directa o indirectamente) de algún tipo de sanción, y sin dudar que la norma de sanción es también una norma de conducta (dirigida al órgano competente para sancionar; al respecto, *vid.* tan sólo MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad*, pp. 616 ss.). En cualquier caso, lo que nos interesa en el estudio de las agravantes es que una perspectiva analítica permite distinguir entre las diferentes *normas de sanción* que concurren (o se suceden históricamente) para responder a la infracción de una norma de conducta.

rar con ella. El Estado, al adoptar esta decisión, impone a los destinatarios de la norma la carga de una definición más restrictiva de su ámbito de libertad (que sería más amplia si no hubiese que respetar esa pretensión). Si el nivel de cargas que debería soportar el destinatario de una eventual prohibición o mandato excediese ciertos *estándares* que hemos dado en llamar *derechos fundamentales, libertades públicas*, etc., la norma habría de reputarse ilegítima en nuestro sistema constitucional.

Si el Estado está materialmente legitimado para el establecimiento de un mandato o prohibición, debe lógicamente estarlo también para proteger su vigencia frente a infracciones que puedan desautorizarla e inutilizarla como respaldo de ciertas pretensiones; el método más frecuente es la sanción de las infracciones. Como toda ordenación, el mantenimiento de una norma genera costes, que en el caso de la sanción son en gran parte soportados por el propio infractor. Dado que los «costes» que soporta el sujeto a quien se impone una sanción penal pueden llegar a ser muy altos, al ser la pena la restricción de derechos más intensa que realiza el Estado, no debe ser empleada sino para la protección de las normas más relevantes frente a los ataques más graves; relevancia y gravedad que se determinan de modo dinámico y relativo (fundamentalmente, atendiendo a criterios como la importancia y generalidad de la pretensión que protegen, la insuficiente capacidad de protección mediante otro tipo de intervenciones estatales, etc.). En resumen: la legitimidad de las normas de sanción debe analizarse separadamente de la de las normas de conducta: pese a que una norma de conducta protegida esté legítimamente fundamentada, es posible que la reacción sancionadora sea ilegítima (por ejemplo, por desproporcionada).

Este esquema argumentativo es también aplicable a las circunstancias agravantes (30). Así, la agravante de ensañamiento se legitima como reacción a un atentado contra la integridad moral (tortura); la de abuso de confianza, como respuesta a un ataque a la relación jurídico-

(30) DOPICO, *RDDP* núm. 4 (2000/2), pp. 64, 74 *et passim*. Denuncian la laxitud con la que en el ámbito de la determinación de la pena se manejan los criterios que tan cuidadosamente se han elaborado en sede de injusto y culpabilidad, por todos, STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad* (trad. E. Bacigalupo; Madrid, 1982), pp. 82-83; HASSEMER, Winfried, «Generalprävention und Strafzumessung», en HASSEMER/ LÜDERSSEN/ NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt a.M., 1979, pp. 64-65; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», en *Estudios penales*, Madrid, 2001, pp. 40 ss., 55-56, 81-82.

privada de confianza (del mismo modo que en el tipo penal de apropiación indebida); y la agravante de prevalimiento de un cargo público, como reacción a la lesión de una relación jurídico-pública (como en los tipos penales especiales de funcionarios), etc.

Sin embargo, no cabe hablar de una legitimación material para la sanción (adicional) cuando un delito es motivado por ideología o sentimientos xenófobos. De modo general, el legislador no está autorizado constitucionalmente para prohibir que se alberguen o manifiesten ideas o sentimientos (31), por mucha repugnancia que inspiren, dolor que evoquen u oposición que manifiesten al propio marco constitucional (32) [al menos, no fuera de los períodos y supuestos excepcionales a los que se refiere el artículo 55 de la Constitución (33)]. En palabras del Tribunal Constitucional: «La Constitución protege también a quienes la niegan» (Sentencia 176/1995, F.J. 2.º); cuando menos, los protege frente a la represión de dicha negación.

Debe recordarse que la doctrina citada no ha planteado el fundamento de la agravación en la *expresión* de una ideología o unos «sentimientos abyectos» mediante la conducta delictiva, sino únicamente en que la conducta delictiva *esté motivada* por dichos sentimientos. En la medida en que el legislador no está legitimado para *prohibir* ideologías o sentimientos, tampoco lo está para fundamentar una (mayor) sanción porque se alberguen durante la comisión de un delito o la motiven (34).

(31) Vid. JAKOBS, Günther, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» (trad. E. Peñaranda Ramos), en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, [1997], pp. 295 ss., relacionando el principio *cogitationes poenam nemo patitur* y la asignación a la persona de una «esfera civil interna», integrada no sólo por la actividad intelectual, sino también por un núcleo mínimo de su esfera de dominio (pp. 296-297).

(32) El Tribunal Constitucional ha constatado en su Sentencia 176/1995 que «la actitud racista es contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente», y que contradice abiertamente «los principios de un sistema democrático» (F.J. 5.º).

(33) Es decir: supuestos de estado de excepción o sitio, e investigación relativa a bandas armadas. Entre los derechos fundamentales que, según la Constitución, pueden suspenderse en los dos primeros supuestos (no en el tercero) no se cuenta el de libertad ideológica, pero sí el de libertad de expresión. No está de más recordar que, en este último caso, el legislador no se halla *constitutione solutus*, sino que está vinculado a ciertos estándares mínimos en relación con los derechos suspendidos. Así se deduce del artículo 55.2 de la Constitución, que habla de una posibilidad de *abuso* de dichas facultades excepcionales, lo que presupone la existencia de un canon constitucional que determina cuándo su empleo es adecuado y cuándo abusivo.

(34) Lógicamente, de este planteamiento surge inmediatamente la pregunta por la validez constitucional de los llamados *elementos de actitud espiritual* (*Gesinnungsmerkmale*). El tratamiento de este grupo heterogéneo y problemático de elementos típicos (en parte, *supuestos* elementos típicos), el estudio de sus rasgos y de los diferentes contenidos que a este concepto se le han asignado, excede el alcance de este

Si el Estado valorase estos elementos a la hora de imponer una pena o una *mayor pena*, no cabría sino entender que hace depender una consecuencia sancionadora de «*un complejo de fenómenos psíquicos que (...) no es otra cosa que el carácter y la personalidad*» (35) del autor. Los modelos que no respetan este límite no pueden ser calificados como sistemas de *Derecho Penal del hecho*, sino que encarnan el llamado *Derecho Penal de autor*, incompatible con la Constitución de 1978: «no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal “de autor” que determinara las penas en atención a la personalidad del reo» (36). Si la interpretación de este precepto se basa en los citados aspectos subjetivos, no cabe decir que nos hallemos ante la incriminación de *conductas* racistas, sino más bien una intervención penal censora de la opinión, desembocándose en «una utilización del instrumento penal para castigar a los xenófobos *por serlo*» (37). En resumen: en nuestros modelos constitucionales sería ilegítima una norma como «¡no te guíes por motivos racistas!», que sería la única que podría explicar la diferencia *subjetiva-motivacional* entre un delito de lesiones «motivado» por ideas racistas, xenófobas, etc. y otro carente de dicha motivación (38). En un ordenamiento penal moderno «ya no existe un derecho objetivo y moral al reproche, y la consecuencia práctica debería ser (...) la erradicación de juicios morales o éticos de desvalor con respecto a la delincuencia» (39). El Derecho tan sólo puede atender a la *respuesta* que devuelva el sujeto a la sociedad, y no a los procesos internos que determinen esa respuesta, que quedan, en cualquier caso, en su fuero interno: *de internis non iudicat praetor* (40).

trabajo, que se limita a analizar los problemas interpretativos del artículo 22.4.^a CP y sólo a tal efecto atiende a esta cuestión. En cualquier caso, y con respecto a la frecuente confusión entre lo *la actitud interna* con la que se realiza una conducta y su *carga expresiva*, vid. *infra*, epígrafe II.3.B).

(35) DÍEZ RIPOLLÉS, *ADPCP*, 1979, p. 101.

(36) STC 150/1991.

(37) LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal...* p. 212. Por ello, no son admisibles para excluir la aplicación de la agravante argumentaciones como la de la SAP Madrid (sec. 6.^a) de 4 de febrero de 2003, que se basa en que el acusado «había ayudado en muchas ocasiones» a una persona dominicana, que tenía familiares de raza negra, etc., por lo que no podía haber incurrido en la conducta prevista en el artículo 22.4.^a. Este tipo de argumentaciones en realidad buscan demostrar que el sujeto *no «es» racista, no alberga ideologías xenófobas*, y sólo serían procedentes si el motivo de la agravación fuese la represión ideológica del racismo y la xenofobia.

(38) Sin embargo, autores como BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, 1995, p. 87, sí entienden que el Derecho puede fomentar, privilegiar o perjudicar ciertas «actitudes éticas del individuo exteriorizadas materialmente».

(39) GÓMEZ BENÍTEZ, «Racionalidad e irracionalidad...», p. 37.

(40) Vid. las reflexiones de JAKOBS, «Criminalización...», p. 297.

Esta prohibición de fundamentar sanciones en las motivaciones últimas del sujeto no puede ser soslayada aduciendo que se las toma en cuenta no como «un rasgo de carácter o personalidad permanente», sino tan sólo cuando se materialicen en una conducta delictiva o se manifiesten «en el momento del hecho» (41). Este acceso al fuero interno del sujeto es igualmente ilegítimo cuando se realiza «sólo con los infractores»: nuestro modelo constitucional no permite la sanción de la ideología de un sujeto, ni siquiera «su ideología al infringir», sino tan sólo la infracción de normas de conducta legítimas. La interpretación contraria incurre en un curioso *versarismo interno*, que permitiría el castigo de la *desviación* ideológica o sentimental si el desviado es versado *in re illicita*.

Finalmente: el argumento dogmático del *incremento de culpabilidad* o de *reprochabilidad* en una conducta atendiendo a sus móviles parece, en mi opinión, difícil de encajar con la mayoría de los conceptos de culpabilidad. Si se entiende que la *categoría dogmática* de la culpabilidad (42) opera como un *filtro* que permite separar los supuestos en los que el hecho es subjetivamente imputable a su autor de aquéllos en los que no lo es, e independientemente de los criterios con los que se integre dicho filtro, nunca puede predicarse del agresor racista una *culpabilidad mayor, por el mismo hecho*, que la de un autor plenamente imputable que careciese de móviles racistas: ¿cómo se puede *filtrar* algo y obtenerlo incrementado? (43). Si un hecho

(41) Las citas son de BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Lecciones II*, pp. 411 y 410 (respectivamente, en referencia a las agravantes de los artículos 22.5.^a –ensañamiento– y 22.4.^a –«motivos racistas»–). Los autores recogen en la última cita un argumento que ROXIN (AT 6/17) emplea para la agravante de «crueldad» (*Grausamkeit*), quien la considera una agravante válida siempre que se observe no como un rasgo general y constante del autor, sino sólo como una característica que se manifiesta en su delito. Parecen sostener una posición similar, BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad*, p. 86 («el Derecho puede enjuiciar en el ámbito de las circunstancias determinadas actitudes éticas de los individuos exteriorizadas en la comisión de los hechos delictivos»; las cursivas son añadidas); y BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, pp. 64-65.

(42) No se adopta aquí una posición acerca de la viabilidad de una categoría de la culpabilidad separada de la de la antijuridicidad, ni sobre su eventual contenido; tan sólo se hace una crítica dogmática intrasistemática de las posiciones que, afirmándola, consideran que la agravante estudiada halla su sede en dicha categoría.

(43) MIR PUIG, *Derecho Penal... cit.*, 26/2 (siguiéndole, DOPICO, *RDPP 4* –2000–, p. 76). La argumentación de CEREZO MIR [PG, (*lecciones 26-40*), pp. 111 ss.] caracteriza la *reprochabilidad* desde dos elementos: el *volitivo*, relativo a la exigibilidad de la obediencia al Derecho, y el *cognitivo*, relativo al conocimiento (actual o posible) de la antijuridicidad de la conducta. Sin embargo, la ideología del autor del delito no puede hacer *más exigible* el Derecho, ni tampoco dar al autor un conocimiento *mayor* (superior al conocimiento *pleno*) de la antijuridicidad de su conducta.

cometido *sin* estos «motivos discriminatorios» es *plenamente* imputable a su autor, no se entiende como la concurrencia de dichos motivos puede hacer que le sea *más* imputable (*¿más que en su totalidad?*).

3. La punición de las motivaciones xenófobas por su «lesividad social»: la agravante del artículo 22.4.^a como un incremento de lo injusto de la conducta

A) Agravación por mayor o adicional antijuridicidad

También desde un punto de vista subjetivo, pero enlazándolo con la antijuridicidad penal de la conducta, se ha dicho que las motivaciones de carácter xenófobo dotan a la conducta típica de un desvalor adicional, de una especial contrariedad a Derecho (44), consistente en la negación «de ciertos valores reconocidos socialmente a los que el legislador ha dispensado una protección jurídica singular» (45), como el principio de igualdad (46) o del «derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro» (47).

En mi opinión, estas propuestas aciertan en lo que se refiere a la ubicación sistemática y fundamentación general de la agravación. En efecto, si el Estado puede intervenir en la esfera de un particular mediante pena, ello debe derivarse de la infracción de éste de una

En estos términos, admitir que pueda existir un *incremento* de la culpabilidad de quien comete un delito por racismo, con respecto a quien lo comete por otros motivos pero con plena culpabilidad, supone admitir que pueda haber algo como un «*sobreconocimiento de la antijuridicidad*» o una «*sobre-vinculación al Derecho*». En un contexto similar, ALONSO ÁLAMO (*El sistema de circunstancias del delito*. Tesis doctoral: Univ. de Valladolid, 1981, p. 662-663) entiende que esta crítica no es dirigible al concepto de culpabilidad causalista.

(44) Afirman LANDECHO y MOLINA BLÁZQUEZ, *PG*, p. 417, que toda agravante ha de estar referida al injusto de la conducta; sin embargo, he incluido esta obra en el apartado anterior puesto que estos autores no especifican cuál es la carga adicional de antijuridicidad que aporta la motivación racista a la conducta típica, y consideran tan sólo que se trata de «un elemento que forma parte del ánimo del sujeto» (p. 422). En el tratamiento que los autores hacen de este precepto no queda clara la fundamentación de cómo dicho elemento del ánimo puede contener una lesividad social que legitime al Estado para imponer (en este caso, agravar) una sanción.

(45) ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, «Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante», en MUÑOZ CUESTA *et al.*, *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pp. 107 ss., p. 112.

(46) Así, MIR PUIG, *PG*, 26/32; similar, con respecto a otras figuras antidiscriminatorias, BUENO ARÚS, Francisco, «La discriminación racial y el Código Penal español», en *Eguzkilore* núm. 11 (extraord.), 1997, p. 197.

(47) LAURENZO COPELLO, «La discriminación...», p. 281.

norma de conducta legítima; entre la conducta prohibida (consumada) y la permitida hemos de poder observar una diferencia, un menoscabo de intereses de competencia estatal, imputables al infractor (48). Este punto de partida debe conducir a la apreciación del fundamento de la agravación en una infracción *adicional*, es decir, en el terreno de la antijuridicidad (49). Así lo consideran los autores citados, quienes centran la agravación del artículo 22.4.^a CP en una supuesta *mayor contrariedad a derecho* de la conducta típica que, a la vez que otros intereses, lesiona el principio de igualdad. Sin embargo, no creo que con ello se logre identificar esa *infracción adicional*.

B) *Matización: Los planos espiritual y expresivo*

Es necesario plantear una inicial salvedad antes del estudio individualizado de estas posturas. Se puede hallar en ellas una identificación de dos planos diversos, el de la *actitud interna* y el *comunicativo*. Sin pretender aproximarme a la relación entre los procesos internos y el fenómeno expresivo, sí cabe decir que se trata de dos ámbitos distintos. Cabe comunicar un mensaje sin intención de hacerlo, e igualmente pretender comunicar un mensaje de modo inadecuado e ineficaz (50).

Por ello, entiendo que se incurre en un error de extensión si se considera que una conducta daña al principio de igualdad si es *motivada* por consideraciones xenófobas. El principio de igualdad se refiere a la lesión de una expectativa *de trato igual* y no de *motivación igual* en el trato. Por ello, este principio tan sólo se verá lesionado si el trato que recibe alguien es distinto al exigible. Ello tendrá lugar

(48) FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassung*, pp. 53 ss.; EL MISMO, *Münchener Kommentar zum StGB* t. I, Munich, 2003, comentario previo al § 13/135. Nótese que esta concreta plasmación del requisito del *harm principle* es *únicamente aplicable a la legitimación de la norma de conducta*, y no a la de la norma de sanción. Requisito de legitimación de la norma de conducta es que entre la conducta prohibida y la permitida (en concreto o de modo general) medie una «diferencia de resultado» (por emplear la expresión de JAKOBS, *PG*, 6/21 ss., 6/32); requisito de legitimación de la norma de sanción es tan sólo que se haya infringido una norma de conducta, para lo cual no es necesario que se haya *consumado* la infracción (con lo que no es necesario un daño). Por así decirlo: la norma de sanción protege la vigencia de la norma de conducta; la norma de conducta protege (o *constituye*) los llamados «bienes jurídicos» (en términos muy similares, FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassung*, pp. 88 ss.; EL MISMO, *Münchener Kommentar*, comentario previo al §13/42 ss., en especial núm. marg. 66).

(49) Especialmente, MIR PUIG, *PG*, 26/2-4, 26/32, LANDECHO/MOLINA *PG*, p. 417.

(50) De modo similar, RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel; FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, p. 109, subrayan cómo la conducta será o no discriminatoria independientemente de la intención de su autor.

cuando haya en él características que lo diferencien del trato que toda persona puede exigir con base en el Derecho (y, quizá, del que el resto de las personas reciben del autor).

En cualquier caso, dado que las propuestas de los citados autores hacen referencia a los *efectos* de la conducta con «motivación» xenófoba, cabe perfectamente «traducir» la terminología empleada, hablando de la *significación* xenófoba. Entiendo que esta conversión no traiciona sus aportaciones, sino que por el contrario facilita su análisis. A tal efecto, se dividirá la exposición crítica en tres partes, atendiendo a los rasgos de diferentes propuestas interpretativas: la que aduce que las conductas del artículo 22.4.^a suponen un atentado «directo» al principio de igualdad en tanto que discriminadoras, las que consideran que dicho ataque es comparable a las conductas de injuria o humillación, y las que aproximan su contenido al del delito de provocación a la violencia racial.

C) *¿La motivación (significación) racista de un delito como atentado expresivo «directo» al principio de igualdad?*

Parte de la doctrina sostiene sucintamente que la sanción añadida en los casos de agresión racista se debe a que el delito encarna, junto con una lesión del concreto bien jurídico, un *atentado contra el principio de igualdad* (51). Esta diferencia en el trato se asemejaría, al menos en principio, a la que mayoritariamente se aduce como fundamento —al menos, parcial— de delitos como los de denegación discriminatoria de prestaciones públicas o privadas (arts. 511 y 512 CP) o grave discriminación en el empleo (art. 314 CP). Sin embargo, entiendo que el fundamento de la agravante del artículo 22.4.^a CP no es aprehensible con la mera remisión al principio de igualdad; o, en otras palabras: que resulta de difícil comprensión el procedimiento mediante el que unas lesiones «racistas» pueden atentar contra el principio de igualdad de modo distinto a unas lesiones «no racistas». Algunos autores concretan más la referencia al principio de igualdad,

(51) MIR PUIG, PG, 26/32 («Esta motivación aumenta el injusto subjetivo del hecho. Añade al injusto propio del delito realizado la negación del *principio de igualdad* que consagra la Constitución»); BORJA JIMÉNEZ, *Violencia racista...*, p. 329. La SAP Barcelona (Sec. 10.^a) de 13 de marzo de 2000 habla de un «ataque frontal a la igualdad y dignidad personales como bienes constitucionales» en un caso en que unos jóvenes habían acudido a la puerta de un bar frecuentado por público homosexual a provocar pelea y terminaron por agredir brutalmente a uno de los clientes del bar, entre insultos relativos a su condición sexual. La STS de 17 de julio de 2002 (núm. 1341/2002), en recurso de casación, confirmó la interpretación de la AP de Barcelona.

considerando que la agresión racista atenta contra un «derecho [subjetivo] a un trato igual». Se sostiene, pues, que el «plus» de la agresión racista consiste en un atentado adicional *contra la propia víctima*.

Pretender dotar al artículo 22.4.^a de un contenido protector del principio de igualdad lleva necesariamente, pues, a preguntarse qué ataque al principio de igualdad encarna un asesinato racista distinto del que puede tener un asesinato no racista; cuál unas lesiones motivadas por odio ideológico, distinto del propio de unas lesiones comunes.

Esto nos conduce a uno de los problemas fundamentales de la fundamentación basada en el «principio de igualdad» desde un punto de vista individual: su carácter *meramente referencial*, carente de contenido material propio. Se discrimina a aquél contra quien se realiza una conducta ilícita, puesto que las condiciones de trato igual exigible son las que determinan las normas jurídicas y, entre ellas, las prohibitivas de lesión. Sin embargo, así planteadas las cosas, *cualquier delito contra bienes de titularidad individual* supondría un atentado contra el principio de igualdad, pues con él se trata a la víctima de modo distinto al que tanto ella como los demás pueden exigir. Es obvio que no era éste el propósito del legislador al introducir la agravante del artículo 22.4.^a CP.

El concepto de discriminación relevante a estos efectos no se deriva directamente del principio de isonomía y de igualdad de trato exigible. Se discrimina igualmente si se roba a todos los minusválidos como a todos los jóvenes o a todos los ricos (¿discriminación por razón de edad o por circunstancias económicas?); en sentido estricto no actúa de modo más discriminatorio un nacional que agrede a un inmigrante por su origen como si ocurre a la inversa, o si la agresión tiene como motivo un odio ideológicamente inspirado, una antigua deuda, la mera envidia o unos celos inextinguibles (52). En todos estos casos, existe una diferencia entre el trato recibido y el exigible (siendo este último, además, el que el agresor proporciona a *la mayoría*, de modo que discrimina fácticamente al agredido frente a todos los demás). Sin embargo, pretender aplicar a todos estos supuestos una agravación de la pena por constituir casos de *trato desigualitario* o *discriminador* sería absurdo. Se constata, pues, la *relatividad* del argumento de la igualdad (¿a *qué trato igual exigible* se hace referencia?): si en el discurso no se concretan los criterios por los que la conducta es contraria al principio de igualdad, el concepto pierde sus contornos.

(52) En este sentido, BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, p. 65.

Cabría aún pensar que la punición adicional encarnada en la agravante se basa en lo reprochable de la discriminación por *rasgos identitarios de especial relevancia*, con lo que la agravante respondería a una especial protección de dichos *rasgos* en sí mismos considerados. Efectivamente, el habitual catálogo de «motivos» de discriminación contenido en el principio de igualdad (como lo recogen las Constituciones políticas y los tratados internacionales sobre derechos humanos) se refiere a rasgos identitarios fundamentales (raza, sexo, nacionalidad...). No obstante, tal comprensión debe descartarse, porque dichos *rasgos* no son un objeto posible de ataque (y, desde luego, no un objeto de ataque específico y propio de las agresiones xenóforas o discriminatorias). Si se pretendiese redargüir que se trata de la protección de ciertos rasgos precisamente como elementos *identitarios*, debe responderse que no colabora más a esa «identidad» el color de la piel que la belleza o la fealdad; no es más relevante a los efectos de la determinación de la *otredad* la ideología política que el talante amistoso o antipático del otro. Y, pese a ello, belleza, fealdad (53), buen o mal carácter no están comprendidas en dichos catálogos. Imaginemos una discoteca en la que hay órdenes de no dejar pasar a personas cuya tez revele un origen nacional determinado, ni a los *excesivamente guapos*. Ambas conductas son ilícitas por incurrir en

(53) En sentido contrario, la obra de L. P. HARTLEY *Facial Justice* (1960) (de la que tuve noticia hace varios años en una interesante conferencia del profesor W. Kersting en el Rechtsphilosophisches Seminar de la Universidad de Bonn) propone una curiosísima ucronía: tras la tercera guerra mundial, al constatar que las personas feas (*gamma*) son discriminadas frente a las bellas (*alfa*), el *Ministerio de Igualdad Facial* las someterá a un tratamiento que las equipará en belleza, dándoles un aspecto *medio* (*beta*); el motivo fundamental de esta actuación no es tanto acabar con la desigualdad como con su consecuencia, la envidia. Con mordaz ironía criticaba el profesor Kersting en su ponencia ciertas teorías de justicia social que, en su opinión, se aproximaban a esta aberrante fantasía. Sin duda se trata de una tesis extravagante, pero quizá sea apresurado desechar de raíz su análisis. Si, por ejemplo, se considera probado que en nuestra sociedad realmente tiene lugar la discriminación *laboral* por falta de belleza física; y si cabe considerar que la generación y gestión de puestos de trabajo *no es un asunto totalmente privado*, sino, en gran parte, una función pública asignada a particulares (es decir: que el empleador no dispone tanto de *libertades* como de *facultades*), entonces nos encontraríamos con que un mecanismo –al menos en parte– *público* de distribución de bienes sociales se administra atendiendo a elementos (estos sí) totalmente privados, como la valoración estética de las personas. Si se acepta que esta valoración sea codificada como *relevante a los efectos de la asignación social de riqueza*, la belleza física dejaría de ser un asunto totalmente privado. Lo absurdo de la anti-utopía de Hartley no reside tanto en el punto de partida como en el modo de lucha contra la injusticia, comparable a un hipotético combate contra la discriminación social de la mujer mediante masivas operaciones de cambio de sexo.

discriminación sin motivo razonable (54), pero razonablemente la *alarma* de la discriminación *suenan* de modo más fuerte en uno de los dos casos; deberemos, pues, aproximarnos al fundamento de esa diferencia.

D) *El contenido vejatorio, humillante o injurioso como antijuridicidad adicional de los delitos racistas*

El trabajo de Lorenzo Copello es el que profundiza más en esta línea de entre los citados, y el que da una interesante clave para la interpretación de esta postura. Parte la autora de la comparación de la agravante del artículo 22.4.º CP con la antigua agravante del artículo 10.16.º del derogado CP 1973, de desprecio de dignidad, edad o sexo del ofendido (55). Lorenzo Copello considera que ambas agravantes prestan atención a «la actitud anímica» del autor, al enjuiciar un hecho típico que, además, *minusvalora* a alguien por ciertas características de su identidad.

Esta comparación parece apuntar al terreno de lo expresivo, si bien empleando para la argumentación una terminología referente al ámbito de los procesos internos. Si existía una agravante basada en el *desprecio*, no se trataba del desprecio como *actitud espiritual interna*, sino como *acto expresivo que porta una carga de menosprecio* (nótese que la autora hace referencia a la *minusvaloración* del ofendido) (56). La interpretación que aquí se propone se ve reforzada por otras afirmaciones de la propia Lorenzo Copello, como la consideración de que la base de la agravante se halla en su «efecto» y la comparación con el delito de tratos inhumanos o degradantes (art. 173 CP), y con el

(54) El *topos* de la *razonabilidad* en la discriminación es empleado por el Tribunal Constitucional (por ejemplo, Sentencias 128/1987, 150/1991 –la polémica resolución que considera acorde a la Constitución la agravante de reincidencia– o 336/1994); sin embargo, lo hace con una brevísima mención a la exigencia de un fundamento razonable para la discriminación, o a una «razonable ponderación» entre fines y medios empleados en la decisión que se supone discriminatoria. Sin embargo, las cosas no son tan sencillas. Sumariamente expuesto: la comparación entre dos elementos exige el empleo de un criterio o *tertium comparationis*. Con la mera mención de la «razonable ponderación» evita el Alto Tribunal entrar en los complejos criterios conforme a los que la discriminación está –en nuestra actual sociedad– permitida (por ejemplo: prohibición de entrar en unos vestuarios a personas de *otro sexo*) o prohibida (prohibición de entrar en esos vestuarios a personas de *otra raza*).

(55) LAURENZO COPELLO, «La discriminación...», pp. 281-282.

(56) Similar, ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, en MUÑOZ CUESTA *et al.*, *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pp. 107 ss. *Vid.* también las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (ambas de la sec. 17.º) de 13 de mayo de 2002 (núm. 529/2002) y de 21 de enero de 2003 (núm. 20/2003).

tipo agravado de la revelación de secretos cuando la información revelada sea de carácter personal y afecten a la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual (art. 197.5 CP). En los tres casos se trata, en su opinión, de la posibilidad de que una persona reciba un *trato* desigual. Se atiende, pues, a la carga expresiva injuriosa de una “actitud”.

Se trata de una interpretación *compatible* con los requisitos constitucionales de legitimación de la sanción, dado que se basa en la *infracción* de una norma protectora de intereses cuya protección es de competencia estatal —el honor de los agredidos—. No es ésta una opción ajena a nuestro entorno jurídico. En la lucha contra la discriminación xenófoba y de otras clases, los ordenamientos occidentales han empleado en multitud de ocasiones referencias típicas que están muy directamente conectadas con los atentados contra el honor; con frecuencia, estos atentados son interpretados como «atentados contra la dignidad humana», en un intento de diferenciar las conductas xenófobas de aquellas «*similares* pero constitutivas de *meros* delitos contra el honor» (57).

Si se pretende sancionar esa *carga expresiva ofensiva* mediante la agravante del artículo 22.4.^a en vez de por la vía de tipos penales como las injurias (verbales o de hecho), las ofensas relativas a los sentimientos religiosos, etc., es necesario sin embargo considerar los *efectos perversos* que se producirían tanto desde una perspectiva sistemática como político-criminal. En principio, se vaciaría de contenido el tipo de tratos inhumanos o degradantes (art. 173 CP) y el de injurias cuando éstos se produjesen concurriendo con otro delito en un atentado racista. En la legislación penal española, esto supondría aplicar un *privilegio penológico a los delitos que incorporan un mensaje ofensivo de carácter racista* (58).

(57) LANDA GOROSTIZA, *La intervención...*, p. 205. El autor expone cómo el legislador francés ha optado directamente por incluir tipos agravados de atentados contra el honor específicamente xenófobos. Similar es la interpretación que hace el Tribunal Constitucional en el famoso *caso Violeta Friedman*, que entiende que las «manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo» son contrarias «no sólo al *derecho al honor* de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la *dignidad humana*» (STC 214/1991, FJ 8.º; las cursivas son añadidas).

(58) Si se sancionase esa ofensa mediante la agravante del artículo 22.4.^a CP, se impondría la pena en su mitad superior *en ausencia de atenuantes* (pues de concurrir atenuantes, el juez se vería liberado de ese mandato de asperación de la pena: *vid.* artículo 66.1, reglas 3.^a y 7.^a CP). Sin embargo, si se pretendiese sancionar esa carga humillante mediante los tipos de injurias o tratos inhumanos o degradantes, en el primero de los casos se operaría una irrevocable imposición de la pena *en su mitad superior, concudiesen o no atenuantes* (curso ideal de delitos, art. 77 CP); en el

Pero, más allá de estos problemas, que serían resolubles con una tipificación más atenta de las penas en el CP, debe señalarse que esta interpretación no parece adecuarse al pensamiento que inspira al legislador. Imagínese el supuesto de una agresión racista consistente en un *asesinato alevoso*, en el que la víctima *no llega a saber* qué le ha ocurrido. En estos casos, esta doctrina debería concluir que *la agravante no es aplicable*, pues el autor opera de modo que la víctima no llegue a tener conocimiento de la supuesta *ofensa*. Sin embargo, parecería chocante no aplicar esta agravante a supuestos de estas características. Lo mismo cabría decir de los supuestos en los que el delito cometido de modo discriminatorio *es precisamente un delito de injurias*, puesto que, así entendido el fundamento de la agravación, necesariamente conduciría a apreciar un *bis in idem* (59). Idéntica consideración, como también ha señalado la doctrina, merecen las agresiones racistas cuando la víctima no pertenece a ninguno de los grupos citados en el precepto, sino que es, por ejemplo, miembro de una asociación de apoyo a dichos grupos (agresiones a integrantes de una ONG dedicada a la integración de inmigrantes, a la lucha contra la discriminación de la mujer, etc.) (60). En estos casos, el mensaje *ofensivo* puede darse o no, pero lo que sí se da de modo innegable es la carga desvalorativa propia de la agravante (61).

segundo, y a tenor de una regla concursal específica (art. 177 CP), se penarían el delito que se pretendía agravar y el delito de tratos inhumanos *al modo del concurso real, sumando las penas*. No parece que el legislador haya introducido la agravante del artículo 22.4.^a para atenuar la pena a las humillaciones que acompañen a un delito cuando tanto unas como otra se cometan por motivos racistas.

(59) Es el caso del que conoció la SAP Burgos (Sec. 1.^a) de 31 de mayo de 2001, en el que los compañeros de trabajo de una persona que sufría retraso mental desde la infancia la maltrataban con constantes injurias relativas a la citada condición; la sentencia aplicó correctamente la circunstancia agravante.

(60) Por ello no se entiende que en un caso como el de la SAP Almería (Sec. 2.^a) 29 de julio de 2004 (núm. 155/2004) no se aplicase esta agravante. Los hechos, resumidamente, fueron los siguientes: el dueño de un piso se lo está enseñando a un empleado de la asociación de apoyo al inmigrante «Almería Acoge», quien pretendía alquilarla para fines propios de su entidad. El acusado llega en compañía de otra persona y amenaza al dueño de la vivienda, diciéndole: «*si metes a los inmigrantes, no tengo problema en quitarte de en medio*». No es el único extremo llamativo de esta sentencia la inaplicación de la agravante. Debe también destacarse que: *a)* se mantiene la calificación de una amenaza condicional tan importante como *falta de coacciones leves*; y *b)* se admite el recurso del acusado, en el sentido de *negarle a la víctima la indemnización de 300 euros que se le había concedido en primera instancia*.

(61) Una propuesta similar a la de LAURENZO COPELLO plantea MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (*Antijuridicidad y sistema del delito*, Barcelona, 2001, pp. 733 ss., 740 ss.), aunque, en mi opinión, plantea algunos problemas adicionales. Si bien la entiendo, su concepción del fenómeno comunicativo como la intersección de dos

Por ello, deben rechazarse ciertas argumentaciones que con frecuencia encontramos en la jurisprudencia española, que exigen para la aplicación de la agravante *que quede acreditada* la pertenencia de la víctima al grupo discriminado (62) (por ejemplo: postulando su inaplicación porque no queda acreditado en autos que la víctima de la agresión fuese homosexual (63).

Lo que estos ejemplos ponen de relieve es algo que ya se había apuntado con anterioridad: que el titular del interés al que se refiere el artículo 20.4.^a no es *el concreto agredido*; más aún: que dicho interés *no es de titularidad individual*.

Ese contenido de ofensa al que se refiere la autora es similar al que normalmente se da en la comisión de delitos dolosos contra pretensiones de titularidad personal (integridad física, libertad, patrimonio, etc.), sean o no cometidos por motivos racistas. En muchas de estas infracciones, *mas no en todas*, cabe ver que el atentado contra la norma que protege las pretensiones de la víctima es, a la vez, un acto mediante el que *se le comunica* su falta de reconocimiento, mediante una carga de sentido injuriosa. Ello queda de manifiesto al analizar agresiones corporales nimias, que con frecuencia son codificadas como *injurias de hecho*, ya que en ellas no se da la más mínima afectación a la integridad corporal, pero subsiste esta carga de sentido peyorativa (64).

psiques (*que B sepa lo que A piensa*), y no como la adecuación a un código, plantea ciertos problemas. No sólo ya en el ámbito de la comunicación *involuntaria* (que no es relevante a los efectos de las infracciones *dolosas* que nos ocupan) o en los supuestos de conducta *conforme a Derecho* —o incluso *debidamente realizada con «intención prohibida»* (fundamental con respecto a su concepción del *ánimo lúbrico* en los delitos contra la libertad sexual, *op. cit.* pp. 737 ss.), sino también en otros ámbitos más relacionados con el objeto de nuestro estudio. Así, el sujeto que *no alberga animosidad alguna* contra los inmigrantes, pero que *por encargo* no remunerado de quien —según le consta— sí la alberga inicia una cadena de incendios en centros de acogida a inmigrantes, difícilmente encajaría en esta definición; como tampoco un supuesto más frecuente en la práctica: el de jóvenes que colaboran en actividades violentas de grupos neo-nazis *para satisfacer necesidades personales de integración*, aunque sin compartir internamente el ideario inspirador. Sin embargo, se trata de dos supuestos claramente subsumibles en el ámbito del artículo 22.4.^a.

(62) Así, la SAP Barcelona (Sec. 2.^a) de 26 de junio de 2002 (núm. 621/2002), que comento brevemente en la nota siguiente; y, en un plano meramente teórico, la SAP Badajoz (Sec. 3.^a) de 18 de mayo de 2004 (núm. 114/2004).

(63) Nótese el efecto perverso adicional de este tipo de exigencias: para poder sancionar a quien comete atentados homófobos, es necesario que la víctima reconozca públicamente que es homosexual, afrontando con ello otras posibles manifestaciones de discriminación. Es el caso de la SAP Barcelona (Sec. 2.^a) de 26 de junio de 2002 (núm. 621/2002).

(64) Para los amigos de lo polémico puede resultar interesante —o inquietante— el estudio de la validez del *ius retorsionis* en este campo.

Se debe destacar, no obstante, que esta carga de sentido no es algo que caracterice *todos* los atentados dolosos contra las personas: no se dará este acto comunicativo dirigido a la víctima, por ejemplo, en el caso propuesto del asesinato alevoso, o en un hurto o estafa cuando el autor adopta medidas para evitar que la víctima se percate del perjuicio patrimonial, etc. Por ello debería rechazarse una posición que buscara el fundamento de la especialidad del delito doloso en este elemento añadido. En cualquier caso, atendiendo a las reglas de la *inherencia tácita* y del concurso de leyes, este elemento *ofensivo* adicional estará habitualmente abarcado por el contenido de injusto del delito doloso en cuestión, y sólo entrará en juego su sanción autónoma cuando se supere el nivel de injuria *inherente* (65) al tipo en cuestión.

Pese a todo lo expuesto, y como se verá más adelante, debe admitirse que en la aplicación de esta circunstancia agravante, la prueba de la existencia de insultos o vejaciones sí puede tener relevancia a efectos probatorios.

III. LA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 22.4.^a Y CIERTAS «EMERGENCIAS» EN DERECHO PENAL. EL PARALELISMO CON EL DELITO DE PROVOCACIÓN A LA VIOLENCIA RACISTA, IDEOLÓGICA O RELIGIOSA

Como se ha dicho con anterioridad, la agravación de la pena debe derivarse de una conducta con una ilicitud bien *especial*, bien *adicional*, tratándose en este último caso de la sanción de una *infracción* de un modo *atípico*, que se prevé en una disposición de medición de la pena, en vez de un tipo penal. Así, quien comete un delito de lesiones con ensañamiento, atenta contra dos normas: *lesiona y tortura*; de modo que el legislador, mediante la norma de agravación, sanciona ambas infracciones. En realidad, se trata, por así decirlo, de un problema concursal específicamente resuelto por el legislador.

Se defenderá en las siguientes líneas que tal es el caso de la agravante del artículo 22.4.^a. Con ella el legislador da respuesta a una doble infracción: el autor no sólo infringe la concreta prohibición a la que se refiere el delito que se pretende agravar, sino, además, un precepto adicional, cuya sanción se plasma no en un tipo penal, como es habitual, sino en una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

(65) Sobre la cuestión de la *inherencia tácita parcial*, vid. DOPICO, RDPP 4 (2000), pp. 66 ss.

1. Introducción

Independientemente de la inveterada discusión sobre la secundariedad de la sanción penal con respecto a otras ramas del ordenamiento, debe constatarse en primer lugar la secundariedad *específica* de ciertos tipos penales «antidiscriminatorios» (66), en el sentido de constituir conductas de por sí ilícitas, cualificadas por el elemento discriminador. Así, es contrario al Derecho Laboral dar un trato injustificadamente desfavorable a un trabajador frente a otros; pero en cuanto se añade el elemento «discriminatorio», pasa a ser un delito (art. 314 CP); por otra parte, la conducta típica de los delitos de los artículos 511 y 512 CP consiste en denegar a alguien una prestación a la que tiene derecho, por «motivos discriminatorios»; no obstante, negar a alguien aquello a lo que tiene derecho, *por el motivo que sea*, es, *ex definitione*, una infracción (civil, administrativa...); nuevamente la significación xenófoba, sexista, etc. dota de relevancia penal al ilícito. Y, por supuesto, la agravante del artículo 22.4.^a exige como presupuesto una conducta ilícita constitutiva de delito. Salvo en este último caso (67), en el resto de los tipos citados estamos ante un ilícito que el legislador no estima de gravedad suficiente como para fundamentar una pena, pero que la adquiere cuando concurre la significación «discriminatoria». Ha de analizarse, pues, ese *plus*.

Las soluciones estudiadas fundamentadoras de una *mayor ilicitud* o *mayor injusto* tienen un punto de partida común: una perspectiva en cierto modo *individualizante*. En ellas, se busca argumentar el plus de antijuridicidad desde la perspectiva del interés lesionado *a la propia víctima* del delito principal, reduciendo el ilícito adicional al ámbito del conflicto entre autor del delito y víctima o, a lo sumo, a la infracción de normas estatales que protegen a esta última. Como se ha indicado, estos intentos no resultan muy fructíferos, por cuanto o bien se identifica el «trato discriminatorio» con una injuria o trato degradante *de baja intensidad* (ya que, como se ha indicado, penológicamente es más benigno que un concurso con los delitos de injurias o tratos inhumanos en el CP), o bien se hace una referencia global a la negación

(66) Se excluyen de este análisis las conductas típicas relativas al genocidio. No es ésta la sede más adecuada para desarrollar esta afirmación, mas baste con apuntar que el origen histórico de la normativa preventiva de las conductas genocidas, las características de los tipos, y de modo muy especial la referencia al bien jurídico protegido y su titularidad, responden a condicionantes políticos (político-criminales) de índole diversa a los de los preceptos aquí estudiados.

(67) Y, posiblemente, en el caso de la provocación a la violencia racista, ideológica o religiosa (art. 510 CP).

del principio de igualdad mediante hechos lesivos, negación cuya «mecánica interna» no resulta fácilmente accesible, a menos que estuviésemos hablando de la punición de actos violentos de expresión ideológica *tanto por violentos como por expresivos de una ideología*, lo que tampoco es admisible.

Entiendo, pues, que el *plus* que añade la connotación racista no es perceptible desde la perspectiva del lesionado sino de un modo mediato, y que el plano de análisis adecuado para la determinación de la infracción adicional es el plano *supraindividual* o *colectivo*, como brevemente intentaré demostrar.

2. Una determinada perspectiva *supraindividual*: el peligro para la vigencia de las expectativas de indemnidad de ciertos grupos de personas

A) *La agresión racista como acto intencional de amenaza*

Tomemos como punto de partida el ejemplo de los atentados terroristas. En este tipo de agresiones no sólo cabe ver una infracción contra las pretensiones de indemnidad de determinadas personas, sino también, de modo patente, un acto intencional de *propaganda por el hecho* (68). Ciertamente, todo delito supone directa o indirectamente un acto expresivo que atenta contra la vigencia de las normas (69). Sin embargo, en el ámbito de los delitos terroristas se acepta que el hecho contiene, a la vez que el significado de cualquier infracción, un mensaje adicional. En el plano comunicativo, cada acto terrorista no sólo contiene un cuestionamiento *directo* de la concreta norma infringida (prohibición de matar, lesionar, etc.) sino, además, un atentado adicional e *indirecto* a su vigencia, cual es la plasmación de una *amenaza*

(68) Vid. MESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, 1987, p. 44.

(69) JAKOBS, PG, 1/4 ss., 1/15, 1/41; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, Madrid, 1996, pp. 25 ss.; le siguen, por todos, FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassung*, pp. 88 ss., 105 ss.; EL MISMO, *Muenchener Kommentar*, comentario previo al § 13/34 ss., 64 ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln et al., 1999, pp. 184-189; EL MISMO, *La función de la pena*, [Madrid, 1999], pp. 47 ss.; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln et al., 1999, pp. 57, 61 ss. En la doctrina española moderna, vid. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, 1998, p. 20; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, 1995, pp. 30 ss.

condicional: de no aceptarse los postulados de la banda, la cadena de agresiones continuará (70). Esta *amenaza* socava la vigencia de la norma de prohibición, al menos desde la perspectiva de sus potenciales destinatarios, que asisten a un anuncio serio y creíble de futura agresión, y desconfían de la capacidad contrafáctica de la norma. Es cierto que una amenaza de lesión, homicidio, etc., no infringe de por sí las normas que prohíben lesionar o matar; pero sí otras normas adicionales, denominadas por Jakobs «normas de flanqueo». Estas normas protegen la seguridad de la víctima, lo que cabría llamar la base cognitiva de la expectativa de no ser asesinado o lesionado (71) o, con otras palabras, «la vigencia de las normas correspondientes (...) desde la perspectiva del afectado. El autor (...) se arroga en estos delitos la configuración de la relación (...) entre la víctima [debe añadirse aquí: u *otras potenciales víctimas*] y la norma principal» (72). No obstante, en la «propaganda por el hecho» terrorista, la amenaza es demasiado difusa como para ser considerada a los efectos del delito de amenazas condicionales (73) (¿qué concreto delito se cometerá? ¿a qué condición se supedita?), por lo que se contempla para el delito terrorista un tratamiento agravatorio especial.

Una carga de sentido de este tipo se contiene en las agresiones racistas. Con cada atentado racista no sólo se propone un modelo de sociedad radicalmente alternativo (en este caso: monorracial, o, cuando menos, de exclusión de ciertas etnias). Adicionalmente puede observarse en estas agresiones una carga *añadida* de intimidación dirigida a ciertas personas, que las amenaza con la continui-

(70) Es la versión más clásica del concepto, y la que atiende al uso del *terror* (mensaje intimidante) como medio de acción política. Parece ya ampliamente aceptado que la sanción cualificada en los delitos terroristas no puede legitimarse de ningún modo desde los meros postulados ideológicos de su ejecutor; por todos, *vid.* LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1986, pp. 87, 88 ss.

(71) JAKOBS, «Criminalización...», pp. 314 ss., p. 324.

(72) JAKOBS, «Criminalización...», p. 315. La acotación introducida es importante: la sucesión inmediata entre amenaza de la comisión de un delito hecha a la propia víctima, y su efectiva comisión, debe calificarse como un concurso de leyes, penándose tan sólo la segunda. Sin embargo, aquí la comisión de *un* delito contra *una* persona es, a la vez, amenaza de comisión de *ulteriores* delitos, posiblemente contra *otras* personas. De no ser así, la regla del concurso de leyes (que en el art. 67 CP se plasma en la llamada «inherencia», conforme a la cual no cabe aplicar una agravante cuando es ya *inherente* al delito en cuestión) frecuentemente debería excluir la agravación.

(73) JAKOBS, «Criminalización...», p. 317.

dad del estado de inseguridad en el que se encuentran («situación crítica») (74).

Del mismo modo que en la agresión terrorista –al menos, en lo que cabría llamar «terrorismo clásico»– se envía un mensaje coactivo a las autoridades, aquí el mensaje se dirige principalmente a las personas de determinado origen étnico, nacional, etc.. En primer lugar, la agresión (delito de lesiones, homicidio, robo, daños...) cuestiona de modo fundamental la vigencia de la norma prohibitiva en cuestión. Pero, adicionalmente, socava de otro modo las expectativas de indemnidad de ciertas personas, del mismo modo que lo haría una amenaza de futuras lesiones, homicidios, saqueos o daños (75), atacando así la *norma de flanqueo* que prohíbe emitir este tipo de mensajes amenazantes. El hecho de que estas personas con frecuencia adopten estrategias de autoprotección que recortan su libertad de acción (autoprotección colectiva, simple evitación de ciertas zonas donde se prodigan este tipo de agresiones, etc.) muestra que ciertos colectivos reaccionan *cognitivamente* a esas amenazas: pese al reconocimiento formal de la igualdad, es *un hecho* que en nuestras sociedades hay personas que, con razón, sienten que, debido a su raza, nacionalidad, opción sexual, etc. –en ciertos círculos, o de modo más general– no son tratadas verdaderamente como *pares*, pues gozan de un menor ámbito de libertad, al estar la vigencia de sus expectativas de indemnidad hondamente cuestionada. Atendiendo a tal efecto (indirectamente) limitador de la libertad de estos sujetos, cabe decir que aquí, además de un ataque a las concretas pretensiones de la víctima del delito en cuestión, se da un verdadero atentado contra la libertad de los amenazados (76). Como expone Jakobs al analizar las amenazas y los llamados «delitos de clima», con cada uno de estos mensajes coactivos asistimos a un debilitamiento de la base *cognitiva* de las expectativas de indemnidad de ciertas personas (77), por mucho que *de iure* los

(74) LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 355 ss.; EL MISMO, *Política criminal*, pp. 189-190 («colectivo especialmente vulnerable»); a mi entender, en la primera de las obras, dedicada a los delitos de incitación al odio y a la violencia racial, el concepto de «situación crítica» parece responder a las consideraciones de JAKOBS («Criminalización...», pp. 321 ss.) acerca de la excepcional admisibilidad de los delitos «de clima» en tiempos de crisis de legitimación; si bien entiendo, Landa Gorostiza hallaría de este modo, por así decirlo, *micro-crisis* o *crisis parciales* «estables» dentro del propio sistema.

(75) Además, de modo enormemente creíble, pues quien *mata* y con ello amenaza futuros homicidios, ya demuestra con ello su capacidad de cumplir la amenaza.

(76) JAKOBS, «Criminalización...», p. 319.

(77) JAKOBS, «Criminalización...», pp. 315-316.

destinatarios del mensaje sigan ostentando una pretensión de indemnidad válida (78).

La aplicación de la agravante de racismo ha de verse aquí, pues, como una respuesta *cuálificada* a un cuestionamiento *cuálificado* [infracción + amenaza tácita de futuras infracciones (79)] de la vigencia de las expectativas de ciertas personas que, por lo demás, es idóneo para afectar a su esfera de libertad. La aplicación de la agravante a estos casos parece plenamente legítimable desde los requisitos constitucionales de habilitación para la sanción.

B) *El sujeto que ha de cumplir la amenaza y la «situación crítica». La amenaza xenófoba y la intervención accesoria*

Existen, no obstante, supuestos en los que el paralelismo con los actos de «propaganda por el hecho» muestra ciertos matices diferenciales. Hasta aquí hemos visto unos supuestos que cabría llamar de «autoría directa» de la conducta amenazante: en ellos, la ejecución de la agresión anunciada corresponde a quien profiere la amenaza, ya de modo inmediato (la ejecutará él mismo), ya de modo mediato (la ejecutará alguien del grupo al que pertenece). Sin embargo, son imaginables supuestos en los que una agresión racista contiene la misma carga de sentido desaprobada por la agravante, pero en los

(78) Una interpretación en estos términos formula Jon Mirena Landa Gorostiza en dos de los mejores trabajos sobre legislación penal antidiscriminatoria en lengua hispana. Sin embargo, lo aquí expuesto no coincide plenamente con lo que este autor sostiene. En su opinión, el interés supraindividual protegido por la agravante antidiscriminatoria son «las condiciones de seguridad existencial del colectivo especialmente vulnerable» (específicamente en *La política criminal*, p. 193; de modo general, en *La intervención*, pp. 346 ss.); sin embargo, el ámbito objetivo de aplicación de la circunstancia agravante es más extenso, siendo extensible a delitos contra el patrimonio que no suponen un «riesgo existencial» para la concreta víctima, ni para los miembros del colectivo al que ésta pertenece. En mi opinión, esta restricción deriva de la posición del autor, que se adhiere a quienes critican que la agravante no se haya restringido a un núcleo de delitos contra bienes fundamentales (LANDA GOROSTIZA, *La política criminal*, pp. 205-206, adhiriéndose en este punto a LAURENZO COPELLO, *La discriminación*, pp. 286 ss.); sin embargo, la realidad es que la agravante es aplicable a otros supuestos, como a robos, hurtos, etc., en los que no se atacan las «condiciones de seguridad existencial» de grupo alguno, a menos que se pretenda definir dichas condiciones en términos tan extensos que acaben coincidiendo con *todos* los derechos de las personas.

(79) Se ha hablado con razón de un «efecto amenazante» de estos comportamientos (JAKOBS, «Criminalización...», p. 317; *vid.* también p. 324: «La vigencia de las normas puede ser menoscabada por el *anuncio* de su futuro quebrantamiento»).

que no se observe una promesa de futura agresión que vaya a ser ejecutada por el infractor ni nadie vinculado con él. Baste un ejemplo: varias personas colaboran en una masiva agresión a las personas inmigrantes residentes en su barrio, pero sin ánimo de volver a cometer un acto similar.

Sin embargo, en estos supuestos cabe apreciar también un contenido amenazante relevante a los efectos de la agravante antidiscriminatoria. Innegablemente, hay grupos de personas en nuestras sociedades que viven en una *situación crítica*, una situación de constante *desconfianza* con respecto a sus expectativas de indemnidad. Entre ellos pueden citarse, en diferentes ámbitos, las personas inmigrantes, homosexuales o de ciertos grupos étnicos minoritarios, las mujeres, etc. El atentado de significación discriminatoria contiene aquí el ya expuesto doble contenido de sentido: por una parte, *integra* la situación crítica; por otra, la *perpetúa* al manifestar su perduración y su proyección futura. En cierto modo, se trata de una «*cooperación accesoria*»: por un lado, el atentado, en tanto que efectiva lesión de concretas pretensiones jurídicas, *cumple* o ejecuta amenazas pasadas (las contenidas en precedentes agresiones racistas, xenófobas, etc.). Por otro, *renueva* la formulación de la amenaza hacia el futuro, amenaza que será ejecutada por otras personas. Así, al hacer identificable su agresión como una agresión *racista, xenófoba, etc.*, el sujeto *la integra* en una estructura comunicativa violenta (compuesta por las agresiones precedentes), colaborando en ella (80): su infracción no sólo atenta contra la concreta pretensión del sujeto, sino que, ya identificable como nuevo eslabón de la citada *cadena comunicativa violenta*, anuncia ulteriores manifestaciones de la *situación crítica* (81).

(80) Con ello se cumple el requisito del que habla Jakobs (PG, 24/17; «Criminalización...», p. 316, nota 33), de que el mensaje intimidante se comunique como parte de un programa coordinado; si bien la intervención del sujeto en ese programa es una integración *accesoria*; es decir: no colabora en su *nacimiento*, sino en su *continuación*.

(81) ¿Puede objetarse a lo aquí expuesto que no cabe hacer al sujeto responsable de las futuras agresiones? En mi opinión, siendo cierta (al respecto, *vid.* JAKOBS, «Criminalización...», pp. 319 ss.; en la doctrina española, *vid.* por todos LAURENZO COPELLO, «La discriminación...», pp. 279 ss.; LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 343 ss.), la objeción no puede oponerse, puesto que la legitimación aquí propuesta no le atribuye responsabilidad por la conducta de otros, sino tan sólo por una *cooperación accesoria* en una cadena de amenazas, es decir: por *su propia conducta* (doblemente) *cooperadora*, como *confirmación* de amenazas pasadas y *renovación* hacia el futuro de dicha amenaza. Ahora bien: ¿cómo debe probarse aquí un dolo de amenazar? Al respecto, *vid. infra*, en el texto.

Es necesario aquí hacer una breve mención al elemento *subjetivo* de esta intervención. Debe partirse de una posición fundamental: si la explicación dogmática de una institución jurídica se basase en elementos de imposible prueba en un proceso, necesariamente estará fallando ya la explicación dogmática, ya la institución en cuestión. Aquello que nunca pueda ser probado en proceso, no puede integrar los presupuestos de una sanción penal.

En este caso, los elementos constitutivos de la agravación penal deben estar abarcados por el dolo del sujeto. Descartadas otras posibles interpretaciones, éste es el significado cabal del término «motivación» o «móvil» al que aluden este tipo de agravantes: el *dolo* con respecto a los elementos constitutivos del injusto adicional del que hablamos. ¿Es posible probar el dolo específico exigido por la agravante en estos supuestos? En mi opinión, su prueba no debe plantear especiales problemas frente a otros delitos dolosos. El dolo debe abarcar aquí tan sólo: *a*) el hecho de estar atentando conscientemente contra un sujeto perteneciente a una *población (ya) amenazada* —con lo que se conoce que existía una amenaza, y que la propia conducta la cumple—; y *b*) el hecho de estar emitiendo un mensaje racista, xenófobo, etc., en tanto que se integra con una serie de circunstancias previas (82) (*cadena de violencia*). Por lo general no debe ser viable oponer que la víctima ignoraba la *significación xenófoba* de su conducta (elemento de *perpetuación* de la situación crítica), del mismo modo que tampoco suele serlo, por ejemplo en el delito de injurias, la de desconocer que la expresión proferida tenía un carácter injurioso, amenazante, etc. Por otra parte, la posible objeción por parte de la acusación de que *se ignoraba* que se estuviese cumpliendo una amenaza pretérita sólo puede prosperar en un número muy reducido de casos, habitualmente, supuestos de *error in persona* con respecto a la víctima directa de su agresión. Las objeciones con respecto al carácter de *cumplimiento de amenazas pretéritas* deben decaer en cuanto quepa considerar probado que el sujeto conoce las características de la víctima como perteneciente a un grupo (ya) amenazado (83).

(82) La integración del mensaje con datos preexistentes es algo presente en todo tipo de comunicación; por todos, *vid.* PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, *cit.*, pp. 77, 82.

(83) MOLINA FERNÁNDEZ (*Antijuridicidad*, p. 740) propone un interesante ejemplo al que, no obstante, da una solución de la que disiento parcialmente. En su opinión, el agente de policía infiltrado en una organización racista violenta que, para no ser descubierto, se ve obligado a participar en una agresión xenófoba, *anula* el mensaje emitido si posteriormente *se desdice*. Sin embargo, lo mismo cabría decir de quien se integra en dicha organización sin compartir su ideario, sólo por sentirse integrado entre

La prueba de la existencia de injurias, insultos, vejámenes, etc., dirigidos al sujeto en relación con su pertenencia a un grupo discriminado puede tener relevancia en el sentido de revelar el sentido de la agresión, es decir, de su integración en la cadena preexistente de violencia de la que venimos hablando (84). Sin embargo, ni es un requisito imprescindible (puede haber perfectamente atentados racistas sin injurias, como puede ser incendiar un albergue de inmigrantes; o agresiones acompañadas de insultos racistas, pero en las que no quepa apreciar el fundamento de la agravante) (85).

C) *La diferente relevancia de la «situación crítica» en unos y otros supuestos*

Hasta aquí hemos analizado dos grandes grupos de conductas: unas en las que el sujeto, habitualmente desde una colaboración con otros, formula una amenaza que él mismo u otro de su organización cumplirá; y otras en las que integra su acción (y el mensaje que incorpora) en una estructura comunicativa violenta que cumple esas mismas funciones, pero sin una distribución funcional previa. Desde el punto de vista dogmático, la diferencia entre estos dos grupos de comportamientos es paralela a la que media entre la (co)autoría y la autoría accesoria.

Desde otras perspectivas, empero, las diferencias son más llamativas, como también lo son los problemas prácticos que plantean.

En dos interesantes trabajos, Landa Gorostiza ha adoptado una perspectiva en gran modo tributaria de la de Jakobs. En ellos, introduce el autor de modo general la exigencia de que el grupo amenazado se halle en una «situación crítica» previamente a la intervención del agresor, definida en los términos expuestos *supra*. En mi opinión, no obstante, esta exigencia debe ser analizada más de cerca.

otros jóvenes, y que tras una agresión declara que personalmente él no siente odio hacia los extranjeros. Sin embargo, en este último caso, la agravante sería plenamente aplicable. Lo que ocurre en el caso citado por Molina Fernández (como él mismo afirma líneas más abajo) es que el sujeto actúa en estado de necesidad, lo que justifica no sólo el injusto adicional de la agravante sino, principalmente, el delito cometido.

(84) En sentido similar, la SAP Lleida (sec. 1.ª) de 7 de noviembre de 2001 (núm. 649/2001) atiende a los insultos como indicio de la aplicabilidad de esta agravante, si bien en un sentido más subjetivante.

(85) Tal es el caso de la SAP Baleares (sec. 1.ª) de 11 de junio de 2001 (núm. 53/2001), en el que el agresor se enzarza en una reyerta con su camello habitual por la calidad de la droga que le ha vendido, en la que emplea insultos relativos a su raza, y que termina con la muerte de éste. La sentencia acertadamente inaplica la agravante al delito contra la vida, pues no se trataba de una agresión racista.

Imaginemos el siguiente supuesto: en una cofradía tradicionalmente integrada de modo exclusivo por varones del pueblo, varias mujeres (o: varios turistas) solicitan su admisión. Las solicitantes comienzan a sufrir diferentes ataques, como pinchazos en las ruedas de sus vehículos, daños materiales en sus casas, injurias a su familia, etc. Se descubre que estas acciones estaban organizadas desde la cofradía, con intención de hacer desistir a las solicitantes, para preservar el carácter absolutamente masculino de la organización (o: porque los turistas, a los ojos de los integrantes de la cofradía, están desvirtuando las costumbres del lugar) (86).

En este supuesto, el carácter de amenaza sería y creíble (y, con ello, debilitador de la vigencia de las normas prohibitivas de lesión desde la perspectiva de las posibles víctimas) se da de modo pleno. Ahora bien: ¿se da aquí el elemento de la «situación crítica»? En principio, parecería que la respuesta debe ser negativa. En nuestra sociedad, ni las mujeres ni los turistas de países desarrollados ven debilitadas por lo general sus expectativas de indemnidad patrimonial (87). Sin embargo, la actuación coordinada de ciertos miem-

(86) La SAP Valencia (Sec. 4.ª) de 15 de octubre de 2001 (núm. 237/2001) conoció de un caso similar. La Comunidad de Pescadores de El Palmar reconocía el derecho a pescar a los hijos de pescadores, pero se lo negaba a las hijas. Un grupo de mujeres inició un proceso judicial que culminó con una sentencia que reconocía sus derechos; y judicialmente se requirió a la directiva de la Comunidad para que admitieran a las mujeres como miembros de pleno derecho, resolución a la que los integrantes de la directiva desobedecieron. La sentencia citada condena a los directivos por la desobediencia, pero, pese a reconocer que estuvo inspirada por «un indolente sexismo, una injustificable ideología de dominación hacia la mujer, gravemente negadora de su dignidad como persona, que les lleva a una postura absolutamente incomprensible y además delictiva», *opta por no aplicar la agravante, ya que «no se acredita que sus señorías [scil. los magistrados que dictaron la sentencia desobedecida] tuvieran todos la condición de mujeres y fuera esa la razón de no cumplir su orden, por lo que únicamente es atacado el principio de autoridad que carece en absoluto de cualquier connotación sexual»*. Debe rechazarse este razonamiento. El artículo 22.4.ª ya no se limita a los delitos contra las personas, y perfectamente cabe desobedecer una resolución judicial de modo tal que se cumplan los requisitos de la agravante. Esta sentencia parece apuntar a una (errónea) comprensión *individualizante* de la agravante, que conduce a resultados tan insatisfactorios como éstos (puesto que si hubiese sido aplicable la agravante, por ejemplo, a una conducta que *forzase la voluntad* de las mujeres para que no pescaran, ¿cómo no aplicarla a la *orden de un juez que les obliga a dejar de forzar su voluntad?*).

(87) Si se quiere decir que la expectativa aquí cuestionada en su vertiente fáctica es el *derecho a integrar asociaciones*, se estaría trasladando el debate a un plano distinto: una cosa es el *medio intimidante* del que se sirve la agresión discriminatoria (amenaza de atentados contra pretensiones de los miembros de un colectivo), y otra el *fin perseguido* por dicha agresión (nación monorracial o

bros de la citada cofradía tiene, obviamente, un significado amenazante que no está abarcado por la mera sanción de las faltas o delitos cometidos contra el patrimonio o contra el honor de las víctimas y otras personas de su entorno. Esa carga de sentido, empero, no es suficientemente concreta para su consideración a los efectos de un delito o falta de amenazas. En la medida en que se dan plenamente los elementos del tipo de la agravante («móviles» o «motivación» discriminatoria, entendidas en el sentido expuesto *supra*), la aplicación de la agravante a estas conductas no sólo respeta el principio de legalidad formal, sino que parece plenamente legitimada en el plano material, pese a que no preexistía una *situación crítica*.

Sin embargo, esto no puede darse de igual modo en los casos que hemos denominado «de intervención accesoria» (casos en los que el sujeto amenazante no tiene relación con la ejecución de su amenaza). Si se pretende afirmar que el sujeto integra su acción en una estructura comunicativa violenta, cooperando con conductas amenazantes precedentes y perpetuando su existencia hacia el futuro, ahí es necesaria por definición la constatación de que *existen* esas amenazas precedentes, es decir: la previa concurrencia de la *situación crítica* de la que habla el profesor Landa Gorostiza.

Esto pone de relieve que la preexistencia de la *situación crítica* no es un requisito general de la aplicación de la agravante (88), sino tan sólo un presupuesto fáctico de su aplicación en los casos de *intervención accesoria*. Debe concederse, en cualquier caso, que es un presupuesto requerido por los casos *más graves* y, posiblemente, los que han impulsado al legislador a introducir este tipo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (89).

genéticamente «pura», preeminencia masculina, «limpieza ideológica», etc.). En efecto, el fin perseguido aquí es la exclusión de las mujeres o los turistas de una organización social; pero se debe analizar el *medio intimidante* como debilitamiento de la vigencia de ciertas normas.

(88) Como sí puede serlo en el delito de provocación a la violencia racial (*vid. supra*, nota 68). Nótese que Landa Gorostiza no incide tanto en este requisito al tratar la agravante del artículo 22.4.º CP como al tratar el citado delito de provocación.

(89) Así, por ejemplo, si un miembro de una minoría racial amenazada en un Estado agrade a alguien del grupo étnico mayoritario alentado por un odio hacia dicho grupo (como ocurre en los actos de violencia reactiva), al no estar el grupo mayoritario en una *situación crítica*, el acto carece de la carga intimidante requerida (pese a que, por ejemplo, la jurisprudencia estadounidense sí ha aplicado la agravante a estos supuestos: *vid. BORJA JIMÉNEZ, Violencia racista...*, pp. 327-328.).

D) *La «responsabilidad por la raza»*

Una de las manifestaciones más frecuentes del racismo y la xenofobia es la asignación de «responsabilidad por la raza». Se trata de actos de hostilidad a cualquier persona de una raza o grupo étnico (o, por extensión: religioso, ideológico, etc.), justificados por una (real o supuesta) previa conducta indebida de otra persona de esa raza. Paradigmática es la delirante justificación tradicional del antisemitismo basada en un «carácter deicida» del pueblo judío, que para el antisemita *mancha* de culpa a todo individuo de esa etnia o religión. La «responsabilidad por la raza» es una de las inspiraciones más frecuentes en la perpetuación de las *cadena de violencia* de las que venimos hablando; propia de sociedades primitivas y poco evolucionadas, pero sorprendentemente perviviente en nuestros días, a modo de *rescoldo ideológico tribal* que con facilidad es atizado por populismos de todo tipo.

El tratamiento jurisprudencial de las agresiones que responden a este esquema de «responsabilidad por la raza» es variado. Así, en el caso del que conoció la llamativa SAP Almería (Sec. 3.^a) de 11 de marzo de 2002 (núm. 62/2002), los acusados emprenden una verdadera *razzia* por una barriada de El Ejido, al parecer porque buscaban a alguien que les había robado unos efectos. Dado que por alguna razón consideraron que el ladrón era marroquí, se dirigieron a la barriada donde residen los trabajadores de esa nacionalidad y fueron deteniendo a toda persona de etnia magrebí que encontraban por la calle, encerrándola en una camioneta y golpeándoles para que confesasen que les habían robado. En su búsqueda, sólo detuvieron, amedrentaron y atormentaron a personas marroquíes. Sin embargo, la sentencia declara que, dado que el móvil «fue la recuperación de unos objetos que, al parecer, le habían sido sustraídos», no es aplicable el artículo 22.4.^a. Pero a duras penas es imaginable, en mi opinión, un caso más claro de motivación discriminatoria de efectos lesivos para el colectivo amenazado.

Parece más adecuada la solución adoptada por la SAP Lleida (Sec. 1.^a) de 7 de noviembre de 2001 (núm. 642/2001). En ella, el acusado agrede a un magrebí creyendo que es quien anteriormente le había atacado a él. Sin embargo, una vez cobra conciencia de que se trata de otra persona distinta, aunque de la misma raza, sigue golpeándole, entre insultos alusivos a su raza. La sentencia concluye que es de aplicación la agravante, ya que «*la motivació que va dur l'acusat atacar la víctima fou únicament la raça de la víctima, en forma d'escometiment indiscriminat contra persona de la mateixa ètnia que la que moments abans l'havia agredit a ell*».

E) *Actos «discriminatorios» sin dolo de emitir un mensaje intimidante. ¿Son este tipo de normas aplicables a los casos de violencia doméstica?*

Si el sujeto no dota a su agresión de una significación racista o discriminatoria, no habrá modo alguno de integrarla en la citada cadena o estructura comunicativa violenta, con lo que no anuncia agresiones futuras ni cumple amenazas pasadas. Si la conducta, pese a ello, es interpretada por alguien (o por un grupo amenazado) como amenazante en los términos descritos *supra*, se tratará de una comunicación defectuosa.

Se ha planteado en ocasiones la posibilidad de aplicar esta circunstancia agravante o normas similares a supuestos que no se adecuan a los requisitos aquí expuestos, si bien tienen origen en mayor o menor medida en una ideología «discriminatoria» del agente; sobre todo, en el patriarcalismo o en otras manifestaciones del sexismo, como son, paradigmáticamente, los casos de agresiones en el ámbito de la pareja.

En mi opinión, esta interpretación tropieza con no pocas objeciones. Descartada la sanción (adicional) por la mera expresión de una ideología en el acto delictivo –y, desde luego, el que dicho acto haya sido *alentado* por la citada ideología–, en estos delitos difícilmente pueden hallarse los elementos de propaganda fáctica a los que venimos haciendo alusión. El maltratador en el ámbito familiar tiende a mantener los hechos cometidos en secreto, y no a propagarlos con intención intimidante. Al ser su destinatario un único sujeto pasivo, no cabe hallar el componente supraindividual que requiere la sanción de agresiones de carácter discriminatorio (90); salvo, quizá, en los casos de asesinato, donde el autor difícilmente puede confiar en que los hechos sigan manteniéndose en secreto. En mi opinión, y pese a que es cierto que este tipo de agresiones tienen un importante efecto «supraindividual», el elemento de intimidación que con frecuencia se

(90) Con alguna frecuencia podemos hallar en el lenguaje periodístico alusiones a estos delitos con términos como «terrorismo doméstico». En mi opinión, esta expresión sólo debe interpretarse como un paralelismo con unos delitos especialmente dolorosos y resistentes a la acción policial. Más allá, no se da en ellos el elemento de propaganda coactiva masiva característico de los delitos terroristas.

En general, la terminología empleada para aludir a estos delitos tropieza una y otra vez con ciertas inconveniencias. La expresión «maltrato doméstico» parece sugerir una cierta minusvaloración de un fenómeno ciertamente preocupante. Términos como «violencia masculina» (*Männnergewalt*) no sólo dejan de lado algunos supuestos relevantes (por ejemplo, de violencia hacia los hijos), sino que corren el peligro de reproducir el mismo mensaje sexista-segregador que se pretende combatir (un error tan grave como sería, por ejemplo, definir el terrorismo del «IRA auténtico» como «violencia irlandesa»).

da en estos supuestos –y que, en realidad, cabría pensar que los caracteriza de modo fundamental– debe entenderse en un sentido «individual» (es decir: la coerción a su «víctima directa»), y ser tratado cabalmente entre los atentados contra la libertad. Este es, en mi opinión, el principal fundamento de los tipos de violencia doméstica (en especial, del tipo de violencia habitual del artículo 173.2 CP).

En el centenario de la publicación de *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem* de Gustav Radbruch ¿Fractura de la teoría jurídica del delito?

JUAN MANUEL LACRUZ LÓPEZ

Profesor de Derecho Penal
Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid

SUMARIO: I. La teoría del comportamiento de Gustav Radbruch: la causalidad en el centro de la fractura de la teoría jurídica del delito.–II. La perpetuación del modelo natural-mecanicista de la causalidad.–III. Concepto de causalidad, acontecer físico-natural y acontecer socio-cultural.–IV. Análisis crítico de la teoría de las dos orillas: la contraposición de acción y omisión desde el punto de vista de la causalidad.–V. Excurso: Causalidad y estructura subjetiva de la omisión.

En la doctrina penal alemana de inicios del pasado siglo xx se abría paso con fuerza la concepción causal-naturalista del comportamiento. Como es sabido, se trataba del genuino producto de la influencia del pensamiento científico-natural en el ámbito de la Ciencia del Derecho Penal (1). Sin embargo, la concepción del

(1) Véanse al respecto: LISZT, Franz Von, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de la 20.^a ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal español por Quintiliano Saldaña, tomo segundo, Reus, Madrid, 1926, pp. 285 ss.; el mismo, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 24. Aufl., Walter de Gruyter & Co., Berlin-Leipzig, 1922, pp. 123 ss.; BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1906, p. 17 –reimpresión en la editorial Scientia Verlag, Aalen, 1964–; MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal. Traducción de la 2.^a edición alemana (1933) y notas de Derecho español*, por José Arturo Rodríguez Muñoz, tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 220 ss.; y ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, Madrid, 1949, pp. 160 ss.

delito de este primer causalismo, impregnada de la aparentemente incontestable guía de las Ciencias Naturales, no tardó mucho en ser objeto de revisiones, revisiones que frecuentemente partieron de sus propias filas.

Es en este marco donde hace ahora cien años, en fecha tan temprana como 1904, Gustav Radbruch sentó las bases de su afinada teoría del comportamiento, teoría que ha marcado gran parte de la evolución de la concepción del delito hasta hoy en día (2). Tal fue la impronta dejada por su construcción que, pese al tiempo transcurrido, sigue manteniendo especial interés el análisis de sus observaciones en torno a la necesidad de caracterizar a acción y omisión como comportamientos diferentes y las consecuencias de esta diferenciación en la estructura del delito. Radbruch es protagonista del intento más serio que hasta aquel momento se había realizado en la línea de superar la visión meramente externa que entonces dominaba la discusión, profundizando en algunos de los puntos fundamentales de la teoría del comportamiento. Muestra de la trascendencia de su construcción es que la referencia a este aspecto de su obra sigue siendo lugar común en los estudios más actuales (3).

En este trabajo me propongo revisar las líneas maestras del centenario pensamiento del maestro alemán y la vigencia de las mismas en un aspecto tan importante como es la que podemos denominar «teoría de las dos orillas». Según esta construcción la teoría jurídica del delito está atravesada por una brecha que exige el desarrollo de estructuras diferenciadas en función de la naturaleza activa u omisiva del comportamiento humano objeto de análisis.

(2) En su monografía *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Guttentag, Berlin, 1904 –contamos con una reimpresión en la editorial Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1967, con introducción de Arthur KAUFMANN–.

(3) Véanse, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, Bosch, 1986, pp. 30 ss.; el mismo, «¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de delito?», en Díez RIPOLLÉS, José Luis/ROMEO CASABONA, Carlos María/GRACIA MARTÍN, Luis/HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 978 ss.; HUERTA TOCILDO, Susana, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, pp. 44 ss.; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, n. 86 (p. 47); y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica», conferencia pronunciada en el marco de las VIII Jornadas de Profesores y Alumnos de las Universidades de Madrid, de próxima publicación, n. 1.

I. LA TEORÍA DEL COMPORTAMIENTO DE GUSTAV RADBRUCH: LA CAUSALIDAD EN EL CENTRO DE LA FRACURA DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

Empecemos por la descripción de la teoría del comportamiento de Radbruch. En la base de su sistema, sin abandonar los principios propios de la Ciencia penal del momento, contempla a la acción y a la omisión desde un punto de vista naturalístico, considerando a la última como ausencia de movimiento corporal, por oposición a una acción caracterizada justamente por el mismo, y haciendo especial mención del carácter transitivo del concepto de omisión así construido –referido a una acción posible para el sujeto– (4). Sin embargo, da un paso más allá de las fórmulas de autores contemporáneos y procede a extraer las consecuencias que en su opinión lleva consigo dicha caracterización de ambos tipos de comportamiento (5). De este modo llega a la conclusión de que si el hacer positivo está definido precisamente por la existencia de una voluntad, un acto y una relación de causalidad entre ambos (6), en la ausencia de movimiento corporal que caracteriza a la omisión no se da ninguno de estos tres elementos. Veamos cómo se desarrolla su argumentación:

1. Para comenzar, Radbruch afirma que no existe nexo causal alguno entre la no realización de un movimiento corporal y un resultado positivo, conclusión que compartía con otros penalistas del momento (7).

(4) Véase RADBRUCH, Gustav, *Handlungsbegriff*..., ob. cit. n. 2, pp. 135 y 141. Se alinea así con la corriente dominante en el momento, que siguiendo los planteamientos de Franz Von LISZT mantenía un concepto transitivo de omisión, es decir, referida a un concreto comportamiento positivo. Según este planteamiento el concepto de omisión se construye, en todo caso, en torno a la no evitación de un resultado perfectamente delimitado. De ahí que la omisión de un determinado hacer sea compatible con que el omitente pueda llevar simultáneamente a cabo otras acciones y, por tanto, que quien observe la conducta omisiva tenga ante sí un objeto dinámico. Sobre esta cuestión, véanse LISZT, Franz Von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21. und 22. Aufl., Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1919, § 28 ss., pp. 115 ss.; y su análisis en LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, *Comportamiento omisivo y Derecho Penal*, Madrid, Dykinson S. L., 2004, pp. 97 ss. y 131 ss.

(5) Véase RADBRUCH, Gustav, *Handlungsbegriff*..., ob. cit. n. 2, pp. 132 ss.

(6) Véase RADBRUCH, Gustav, *Handlungsbegriff*..., ob. cit. n. 2, p. 132.

(7) Así se expresaban, por ejemplo, LISZT, Franz Von, *Lehrbuch*..., 21. und 22. Aufl., ob. cit. n. 4, § 28, p. 119, § 29, pp. 120 ss., y § 30, pp. 126 ss.; BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2. Bd., 1. Hälfte, 2. Aufl., Leipzig, Felix Meiner, 1914, pp. 102 ss.; y HIPPEL, Robert Von, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, Julius Springer, 1932, § 30, pp. 100 ss.

Pero lejos de contentarse con esta primera afirmación, siguiendo con su razonamiento considera que tampoco es posible hablar de relación de causalidad entre la voluntad de no llevar a cabo un cierto movimiento corporal y la omisión del mismo, ya que el que no se produzca un cambio no puede ser visto como consecuencia alguna. Acudiendo a sus propias palabras: «... la causalidad relaciona cambio con cambio, la no producción de un cambio no puede ser por tanto ni efecto ni causa...» (8). Con esta conclusión consigue llevar hasta sus últimas consecuencias la negación de la causalidad en la omisión.

2. Por otra parte, señala Radbruch que la omisión de un movimiento corporal, si bien puede ser querida, no necesita en todo caso de voluntad (9) o de otro tipo de participación moral del sujeto omitente (10), (11). La prueba se encuentra en la existencia de omisiones imprudentes de carácter inconsciente (12), en las que ni siquiera es necesario que el sujeto se represente la actividad omitida para poder afirmar que ha omitido (13). Esta misma idea queda confirmada por la estructura transitiva que otorga al concepto de omisión: partiendo de una concepción intransitiva, en la absoluta quietud que caracterizaría a la conducta omisiva debería darse, en todo caso, la voluntad de permanecer inmóvil con objeto de hacer frente a los estímulos que nos empujarían al movimiento (14), pero ello no es necesario cuando la

(8) Véase RADBRUCH, Gustav, *Handlungsbegriff...*, ob. cit. n. 2, p. 132.

(9) Véase RADBRUCH, Gustav, *Handlungsbegriff...*, ob. cit. n. 2, pp. 132 ss.

(10) Véase RADBRUCH, Gustav, *Handlungsbegriff...*, ob. cit. n. 2, pp. 136 ss.

(11) En esta misma línea, otros autores contemporáneos de RADBRUCH, como Karl BINDING y Robert Von HIPPEL, también consideraban que era necesario cuestionar en mayor o menor medida la presencia de la voluntariedad en la omisión; véanse BINDING, Karl, *Normen...*, 2. Bd., 1. Hälfte, 2. Aufl., ob. cit. n. 7, pp. 104 y 108 ss.; y HIPPEL, Robert Von, *Lehrbuch...*, ob. cit. n. 7, § 28, p. 91.

(12) Véase RADBRUCH, Gustav, *Handlungsbegriff...*, ob. cit. n. 2, pp. 132 ss. (en especial p. 134). Otros muchos autores han llegado con posterioridad a parecidas conclusiones, véanse a título de ejemplo: KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1959 –reimpresión de la misma editorial, 1988–, p. 73; RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal español. Parte general*, 18.ª ed., Madrid, «Dykinson S. L.», 1995, pp.383 ss.; y CEREZO MIR, José, *Parte general II*, 6.ª ed., ob. cit. n. 3, p. 31.

(13) Véase RADBRUCH, Gustav, *Handlungsbegriff...*, ob. cit. n. 2, p. 136.

(14) Planteamiento absoluto que se corresponde con la construcción intransitiva de la omisión que a principios del siglo xx desarrolló Ernst Beling y que tan apenas ha tenido repercusión en la doctrina posterior. Este modelo supone llevar hasta sus últimos extremos la visión naturalista de la teoría del comportamiento. En opinión de Beling la omisión es mera inmovilidad, inactividad humana, retención de los nervios motores, se trata, en definitiva, de «... lo más intransitivo que existe...».

falta de dinamismo está ligada a una concreta acción, que es, por tanto, compatible con la realización de otros movimientos, de otras acciones, tal y como ocurre en el marco del criterio transitivo de delimitación (15).

3. Por último, opina el autor alemán que tampoco es posible afirmar que en la omisión exista un acto, que él entiende como «... el comportamiento corporal del autor en relación de causalidad con el resultado...». La razón se encuentra en que ni en los delitos propios de omisión ni en la comisión por omisión tiene relevancia alguna la conducta realmente llevada a cabo en lugar de la requerida, sea activa o pasiva (16). Es más, sin abandonar esta línea argumental, llega a afirmar que ni siquiera el resultado pertenece a la conducta omisiva; el auténtico resultado de la misma radica justamente en que no tiene resultado alguno (17).

Como consecuencia del razonamiento expuesto, Radbruch alcanza la clásica conclusión de que resulta imposible definir un supraconcepto –lo denominemos de comportamiento humano, de acción en sentido amplio o de cualquier otra manera– que incluya bajo unos mismos presupuestos a acción y omisión. La conducta omisiva no sólo carece de los elementos voluntad, hecho y causalidad que caracterizan a la acción, sino que más bien se agota precisamente en su negación (18). No es siquiera correcto hablar simplemente de omisión, sino que siempre se hablará de la omisión de una acción; el comportamiento omisivo sólo existe en el mundo de los pensamientos humanos (19). Y yendo más allá, para no dejar

La radicalidad de esta propuesta, que lleva a su autor a definir el concepto de acción como un «fantasma sin sangre», queda sin embargo atenuada cuando aplicamos al comportamiento activo u omisivo la vara de medir del Derecho. Es aquí cuando Beling aclara que «... un delito de omisión no necesita ser pura inactividad...» y es que «... la clasificación de los delitos en comisivos y omisivos no tiene nada que ver con la cuestión de si nos encontramos ante un hacer positivo o ante inactividad...».

Sobre esta construcción véanse BELING, Ernst, *Lehre...*, ob. cit. n. 1, pp. 9 ss.; y su análisis en LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, *Comportamiento omisivo...*, ob. cit. n. 4, pp. 93 ss. y 127 ss.

(15) Véanse RADBRUCH, Gustav, *Handlungsbegriff...*, ob. cit. n. 2, p. 135; y sobre la concepción transitiva del comportamiento omisivo, anteriormente, la n. 4.

(16) Véase RADBRUCH, Gustav, *Handlungsbegriff...*, ob. cit. n. 2, pp. 137 y 139.

(17) Véase RADBRUCH, Gustav, *Handlungsbegriff...*, ob. cit. n. 2, pp. 137 ss.

(18) Véase RADBRUCH, Gustav, *Handlungsbegriff...*, ob. cit. n. 2, pp. 138 ss. (en especial la p. 140).

(19) Véase RADBRUCH, Gustav, *Handlungsbegriff...*, ob. cit. n. 2, p. 139.

ningún cabo suelto, intenta demostrar que aunque fuera posible descubrir elementos positivos en el omitir, no serían comunes con la acción: «... la omisión no consiste en la no concurrencia de una acción, es la no concurrencia de una acción en un determinado sujeto, la no realización de la acción; pero no simple no realización de la acción, sino no realización de la acción a pesar de la posibilidad física de actuar. Dicha posibilidad es, por tanto, un elemento de la omisión, pero no uno que tenga en común con la acción: la posibilidad de acciones concretas no es un elemento del concepto de acción...» (20).

Es tras este minucioso análisis que Gustav Radbruch concluye que el sistema del delito está atravesado de un extremo a otro por una brecha que, atendiendo a la naturaleza del comportamiento, lo divide en dos. Ello implica directamente que sea necesario duplicar el análisis de cada concepto del mismo, que ha de ser tomado en consideración como predicado del hacer y como predicado del omitir. El único puente que une ambas márgenes del esquema así trazado estará constituido por el concepto *formal* del delito, entendido como tipo al que el ordenamiento asocia como consecuencia jurídica la pena. Desde una perspectiva *material* no existe pues punto en común alguno (21). Ha tomado cuerpo la teoría de las dos orillas.

De todo lo expuesto, podemos destacar algunos aspectos centrales en el planteamiento de Radbruch. En primer lugar, que si bien la impronta externa se mantiene en el primer plano de aproximación a la conducta humana, esta primera toma de contacto se ve ampliamente superada por la inmersión en el resto de elementos que se deducen de ella. A partir de aquí, se apunta ya firmemente a la elaboración de teorías más evolucionadas, que por un lado sitúan las diferencias que separan a las dos formas de manifestación de la conducta humana en un lugar central de la construcción de la teoría del delito y, por otro, conceden al tipo de lo injusto un papel primordial en el seno de la

(20) Véase RADBRUCH, Gustav, *Handlungsbegriff...*, ob. cit. n. 2, p. 141. Este pronunciamiento contrasta con la opinión expresada años más tarde por Armin KAUFMANN, autor que sitúa precisamente en la capacidad de acción el elemento común de conductas activas y omisivas –véase KAUFMANN, Armin, *Dogmatik...*, ob. cit. n. 12, pp. 85 ss.–, y que destaca la inexactitud que en su opinión comete Gustav RADBRUCH, al considerar a acción y omisión como conceptos independientes, simples «a» y «no a» –p. 87–; véase también la valoración del planteamiento de Armin KAUFMANN en CEREZO MIR, José, *Parte general II*, 6.ª ed., ob. cit. n. 3, pp. 38 ss.

(21) Véase RADBRUCH, Gustav, *Handlungsbegriff...*, ob. cit. n. 2, p. 143.

misma (22), (23). Por lo que a nosotros nos interesa en este momento, como hemos señalado, de este modo quedan fijadas las bases del sistema dual de la teoría jurídica del delito, que distingue entre delitos de acción y de omisión como estructuras irreconciliables, necesitadas de un desarrollo propio, sistema cuyo análisis constituye el centro de este trabajo.

II. LA PERPETUACIÓN DEL MODELO NATURAL-MECANICISTA DE LA CAUSALIDAD

Con la anterior exposición hemos trazado las líneas maestras de la teoría del comportamiento de Gustav Radbruch, pero si queremos conocer el alcance de la estela que ha dejado a lo largo de los desarrollos posteriores de la teoría jurídica del delito, hemos de señalar que, andando el tiempo, la revisión del sistema causalista del que el propio Radbruch formaba parte fue alcanzando progresivamente a sus elementos más básicos. De este modo muchos de sus principios rectores fueron poco a poco abandonados. La crítica al sistema causal sirvió de punto de partida al desarrollo de nuevas concepciones del comportamiento humano y del delito, entre ellas fue, por ejemplo, fundamental en el proceso de delimitación del concepto final de acción y de las estructuras jurídico-penales a él asociadas. En este sentido, si bien la crítica al modelo causal no es desde luego patrimonio exclusivo de la denominada escuela finalista (24), es posible afirmar que constituye

(22) En esta línea, en trabajos posteriores RADBRUCH llega a desvincularse expresamente de la concepción de ambos tipos de comportamiento humano como piedra angular de la teoría del delito. Este giro lo justifica haciendo referencia a tipos delictivos que no pueden ser entendidos simplemente como presencia o ausencia de movimiento corporal voluntario que produce un cambio en el entorno, sin atender al sentido social de los mismos —lo que ocurriría, por ejemplo, con el delito de injurias—. De este modo, el elemento básico de la teoría del delito vendría a estar constituido no ya por la «acción» —«*Handlung*»— sino por la realización del tipo —«*Tatbestandsverwirklichung*»—; véase RADBRUCH, Gustav, «Zur Systematik der Verbrechenlehre», *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, Bd. I, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, pp. 161 ss. Silva Sánchez también destaca este aspecto del pensamiento de RADBRUCH, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *LH-Cerezo Mir*, ob. cit. n. 3, pp. 978 ss.

(23) En esta misma línea, Serrano-Piedecosas destaca que la superación del enfoque naturalístico de la omisión como un mero «no hacer» se debe precisamente a RADBRUCH, ; véase SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón, «Crítica formal del concepto de la omisión (1)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVI, fasc. III, 1993, p. 985, n. 13.

(24) En torno al proceso de superación del causalismo naturalista por el neokantismo, esto es, del concepto clásico de delito por el neoclásico, véanse, SCHÜ-

uno de los principales puntos de referencia de la propuesta de Hans Welzel y sus seguidores. Al situar en el carácter finalista de la conducta humana el aspecto central de su construcción (25), se incidía en la superación de la visión externa del comportamiento característica del causalismo (26).

NEMANN, Bernd, «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken», en Schünemann, Bernd (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1984, pp. 19 ss. —también publicado como «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», en SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (traducción, introducción y notas de Jesús María SILVA SÁNCHEZ), Madrid, Tecnos, 1991, pp. 43 ss.—; JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, § 22, II, pp. 201 ss.; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, Universitas, 1996, pp. 227 ss.; ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundfragen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Aufl., München, C. H. Beck, 1997, § 7, III, 3, 13-15, pp. 150 ss.; CEREZO MIR, José, *Parte general II*, 6.ª ed., ob. cit. n. 3, p. 30; y REGIS PRADO, Luiz, *Curso de Direito penal brasileiro. Volume 1 4-4 Parte Geral. Arts. 1.º a 120, 3.ª ed.*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 248 ss.

(25) Véanse, en este sentido, WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción del alemán y notas de José CEREZO MIR, Madrid, Ariel, 1964, pp. 25 ss. —recientemente publicado por la editorial Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2001, pp. 41 ss.—; el mismo, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1969, pp. 33 ss.; CEREZO MIR, José, «El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho Penal (Una revisión de la crítica de Rodríguez Muñoz de la concepción de la culpa de Welzel)», en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 15 ss.; el mismo, «La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal española», en *Problemas...*, ob. cit. misma n., pp. 105 ss.; y el mismo, *Parte general II*, 6.ª ed., ob. cit. n. 3, pp. 31 ss.

(26) Ya desde el pasado siglo han sido muy numerosos los autores que se han mostrado contrarios a una contemplación puramente naturalista de los fenómenos con relevancia jurídica, entre otros: SAUER, Wilhelm, *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1921, § 2 I, pp. 36 ss.; RADBRUCH, , Gustav, *FS-Frank*, ob. cit. n. 22, pp. 161 ss.; WELZEL, Hans, «Kausalität und Handlung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 51, Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1931, pp. 703 ss. —también publicado en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1975, pp. 7 ss.—; el mismo, «Über Wertungen im Strafrecht. Eine prinzipielle Bemerkung zur sog. Emotional-normativen Logik», *Der Gerichtssaal*, Bd. 103, 1933 —publicado también en *Abhandlungen...*, ob. cit. misma n. (de donde se ha tomado la cita), pp. 27 ss.—; el mismo, «Studien zum System des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 58, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1939, pp. 491 ss. —muy gráfico p. 530 al inicio—; el mismo, «Strafrecht und Philosophie», en *Abhandlungen...*, ob. cit. misma n., p. 3; WOLF, Erik, *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit*, Breslau, Ferdinand Hirt, 1931, pp. 13 ss.; LISZT, Franz Von/SCHMIDT, Eberhard, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1. Bd., 26. Aufl., Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1932, p. 153 (n. *); MEZGER,

Y, sin embargo, existe un punto en el que la impronta del modelo causal permanece frecuentemente inalterada, y ello tanto en las concepciones finalistas como en propuestas de otras corrientes penales que en algunos casos pretenden superar al finalismo. Me refiero al propio pensamiento de la causalidad, que aún hoy en día se muestra imbuido de un importante componente natural-mecanicista (27) y

Edmund, *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss*, 1. Aufl., Berlin, Junker und Dünhaupt, 1938, p. 45; SCHMIDT, Eberhard, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, Th. Weicher, 1939, p. 75 (n. 29); el mismo, «Soziale Handlungslehre», *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1969, pp. 341 ss.; ENGISCH, Karl, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, Carl Winter, 1950, pp. 36 ss.; GALLAS, Wilhelm, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 67, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1955, pp. 13 ss.; el mismo, «Das Wesen des strafrechtlichen Unterlassens und seine Stellung im System der Verbrennslehre», *Studien zum Unterlassungsdelikt*, Heidelberg, R. v. Decker & C. F. Müller, 1989, p. 41; SPENDEL, Günter, «Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen», *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, pp. 191 ss.; KAUFMANN, Armin, *Dogmatik...*, ob. cit. n. 12, pp. 16 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, Tecnos, 1966, p. 31; MEYER-BAHLBURG, Hartwig, «Unterlassen durch Begehen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, R. v. Decker, 1968, pp. 49 ss.; o WELP, Jürgen, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, pp. 109 ss.

Pues bien, este discurso, lejos de haber caído en desuso, es una constante sobre la que se sigue insistiendo en la actualidad, ejemplos los encontramos en la obra de autores como: SIEBER, Ulrich, «Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der 'pasiven' Gesprächsteilnahme», *Juristenzeitung*, 1983, p. 433; STOFFERS, Kristian F., *Die Formel »Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit« bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?*, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Bd. 4, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, p. 97; KARGL, Walter, «Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Bd. 146, Heidelberg, R. v. Decker, 1999, pp. 463 ss.; GALLO, Marcello, *Appunti di Diritto penale. Volume II. Il reato. Parte I. La fattispecie oggettiva*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2000, pp. 60 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *LH-Cerezo Mir*, ob. cit. n. 3, pp. 977 ss.; o ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad», en Octavio de Toledo y Ubieta, Emilio/Gurdiel Sierra, Manuel/Cortés Bechiarelli, Emilio (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 30 ss.

(27) Como muestra podemos señalar que es frecuente encontrarse con expresiones como las siguientes: «... la relación conforme a una *ley natural* entre una acción y un resultado, denominada causalidad comisiva...», en FREUND, Georg, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag KG, 1992, p. 19 –cursiva añadida por el autor–; «...esta fórmula desconocía el significado de la causalidad, ya que la entendía no como lo que es, a saber: como un *proceso real del mundo científiconatural*...» –cursiva añadida por el autor–, «... para determinar si un comportamiento es condición de un resultado... hay que... averiguar qué es lo que *realmente* ha sucedido y si una conducta ha influido científico-naturalmente en

que, ya dentro del esquema finalista, se sitúa justo en la base de la capacidad de dirección final de la conducta, es decir, en el núcleo mismo del sistema. Así, siguiendo a Welzel: «... La “finalidad”, o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, *gracias a su saber causal*, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de esos fines...» (28). Ello hace que la concepción de la causalidad que se sustente tenga repercusiones fundamentales en el resto del sistema.

Resulta, por tanto, necesario analizar el modo en que se ha producido la adaptación a los planteamientos actuales de un concepto que, insisto, encuentra sus raíces más profundas en un momento en el que triunfaban las concepciones causal-naturalistas en la Ciencia del Derecho Penal (29). En este sentido, como vamos a ver en las próximas páginas, a través del pensamiento de la causalidad se ha produ-

un resultado concreto...» –en cursiva en el original–, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Causalidad, omisión e imprudencia», en «La Comisión por omisión», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 163 ss. –también publicado en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVII, fasc. III, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, pp. 7 ss.; y en *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, editado por Romeo Casabona, Carlos María, Universidad de La Laguna-Comares, La Laguna-Granada, 1997, pp. 53 ss.–; «...sin embargo, se dan también supuestos en los que el Derecho Penal responsabiliza a alguien por un resultado que no ha causado en *sentido científico-natural*. Éste es el caso del autor por omisión...», en JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch...*, 5. Aufl., ob. cit. n. 24, § 28, I, p. 278 –cursiva añadida por el autor–; «... El concepto de causalidad es un concepto prejurídico; es un concepto común a todas las ciencias...», en CEREZO MIR, José, *Parte General II*, 6.ª ed., ob. cit. n. 3, p. 53; «... la causalidad como tal es un tema óptico, o si se quiere prejurídico... propio de las *ciencias experimentales*...», «... si no hay elementos científicos que avalen la postura causal, se debe absolver por el principio *in dubio pro reo*...», en DONNA, Edgardo Alberto, «La imputación objetiva», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª ép., vol. 2, Madrid, UNED, 1998, pp. 132 ss. y 143 ss. –cursiva añadida por el autor–; o «... el concepto de causalidad ha entrado ya hace mucho, y también en la sabiduría socialmente aceptada, en el campo de “lo científico”...», en PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, «De nuevo sobre el «caso de la colza»: una réplica», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª ép., vol. 5, Madrid, UNED, 2000, n. 20 (p. 93) y pp. 103 ss. –entrecorillado en el original.

(28) Véanse WELZEL, Hans, «El nuevo sistema...», Ariel, ob. cit. n. 25, p. 25 –Bdef, ob. cit. n. 25, p. 41–, la cursiva ha sido añadida por el autor, entrecorillado en el original; y el mismo, *Strafrecht*, 11. Aufl., ob. cit. n. 25, pp. 33 y 43. En el mismo sentido, CEREZO MIR, José, *Parte General II*, 6.ª ed., ob. cit. n. 3, pp. 31 ss., 48 y 51; y REGIS PRADO, Luiz, *Parte Geral*, 3.ª ed., ob. cit. n. 24, pp. 251 ss.

(29) A partir de autores de la talla de Franz Von Liszt, Ernst Beling, Edmund Mezger o Gustav Radbruch; véanse, anteriormente, las ns. 1 ss.

cido una cierta permanencia de un modelo que en otros muchos aspectos ha sido bien rechazado de plano, bien superado, y en cierto modo esta circunstancia ha coadyuvado a la perpetuación de la teoría de las dos orillas de Gustav Radbruch.

No obstante, este hecho cierto no nos debe hacer caer en visiones apriorísticas de la situación. En el marco en que nos movemos, lo cierto es que la concepción naturalista de la causalidad no tiene por qué suponer un inconveniente. Muy al contrario, atendiendo a las características de los tipos activos de resultado, con este modo de entender las cosas se porfía en la línea de dotar de seguridad a un componente de dicha clase de delitos que resulta básico a la hora de determinar la responsabilidad por el concreto resultado (30). La gran beneficiada es pues la seguridad jurídica.

En efecto, el mantenimiento de un concepto de causalidad de carácter naturalista no es ajeno a la búsqueda de un tanto de objetividad, de seguridad, en uno de los primeros niveles de aproximación al hecho delictivo y que tiene importantes consecuencias en la posterior delimitación de responsabilidades penales. La existencia de un *nexo causal natural*, que enlaza la manifestación de la voluntad del sujeto con una modificación en el mundo exterior, pasa a ocupar la primera línea del proceso de *imputación de resultados típicos externos*, con lo que ello supone como puntal de la seguridad jurídica. La causalidad así entendida se erige en un concepto prejurídico, avalorativo, ajeno a los vaivenes de la interpretación, que aporta una base suficientemente

(30) En cualquier caso, no podemos desconocer que el conocido como «dogma causal», ha ido sufriendo un paulatino proceso de relativización y normativización, que aun hoy en día sigue avanzando en determinadas concepciones. Dentro de esta tendencia podemos mencionar, por ejemplo, a Santiago Mir Puig, que llega a afirmar que «... lo único común a todo tipo de resultado es la necesidad de su imputación objetiva, de la cual la causalidad no es más que un momento parcial y contingente...»; véase MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Barcelona, 1996, pp. 215 ss. Sobre tal proceso de atemperación véanse, entre otros, PUPPE, Ingeborg, «Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 92, Berlin-New York, Walter de Gruyter & Co., 1980, pp. 863 ss.; Gracia Martín, Luis, en Díez Ripollés, José Luis/GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, tirant lo blanch, 1993, p. 41; el mismo, en Díez Ripollés, José Luis/GRACIA MARTÍN, Luis/LAURENZO COPELLO, Patricia, *Comentarios al Código penal. Parte especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, art. 138, p. 54; CEREZO MIR, José, *Parte General II*, 6.ª ed., ob. cit. n. 3, pp. 51 ss.; y DÍAZ PITA, María del Mar, «¿Qué queda de la causalidad?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª ép., vol. 4, Madrid, UNED, 1999, pp. 509 ss., que se muestra expresamente crítica con el mencionado posicionamiento de Mir Puig –pp. 522 ss.

sólida para elaborar sobre ella las valoraciones propias de la atribución de responsabilidades. Y de ahí, por ejemplo, la común exigencia de que para la comprobación de la existencia de un nexo causal particular sea necesario el previo conocimiento de la ley causal general que rige tal acontecer (31).

Por otra parte, en la línea descrita por Gustav Radbruch y ya en el campo de la caracterización de las distintas formas de manifestación de la conducta humana, el hecho de comprender los procesos de causación sobre unos presupuestos fundamentalmente mecánico-naturalistas conlleva el efecto inmediato de que, mientras el hacer positivo resulta definido en función de su fuerza causal, de su capacidad de transformar la realidad, los procesos omisivos, caracterizados por la ausencia de intervención física en el mundo circundante, no tienen capacidad causal alguna, a lo sumo suponen que el omitente permite que cursos causales externos, ajenos a su persona, sigan su propio devenir y produzcan un resultado que puede haber sido deseado por tal sujeto (32). En resumidas cuentas, con base en el clásico principio «*ex nihilo nihil fit*», se constatan los presupuestos de la teoría de las dos orillas. Partiendo de esta idea, es posible caracterizar a hacer y omitir como dos formas de comportamiento humano perfectamente delimitadas, como dos modos opuestos de intervención en el mundo circundante y, de este modo, se abren las puertas al proceso de construcción de un modelo de imputación de resultados específico para el conjunto de los comportamientos omisivos.

En definitiva, como consecuencia del mantenimiento de una concepción «naturalista» de la causalidad, en el conjunto de la teoría del

(31) De esta opinión, entre otros, KAUFMANN, Armin, «Tatbestandmässigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren», *Juristenzeitung*, 1971, pp. 572 ss. – también publicado en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag KG, 1982, pp. 173 ss.–; Gracia Martín, Luis, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos...*, ob. cit. n. anterior, pp. 41 ss.; el mismo, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/GRACIA MARTÍN, Luis/LAURENZO COPELLO, Patricia, *Comentarios...*, ob. cit. n. anterior, art. 138, p. 55; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del delito/I*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 456 ss.; CEREZO MIR, José, *Parte General II*, 6.ª ed., ob. cit. n. 3, pp. 53 ss.; DONNA, Edgardo Alberto, *RDPC* 2 (1998), ob. cit. n. 27, p. 136; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *RDPC* 5 (2000), ob. cit. n. 27, p. 100 ss.; y STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, § 8, Rdn. 18, p. 105.

(32) Véase una exposición detallada de los distintos planteamientos que sitúan a la causalidad en el núcleo de la caracterización de acción y omisión, así como un análisis crítico de los mismos en LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, *Comportamiento omisivo...*, ob. cit. n. 4, pp. 264 ss.

delito se ha asentado el pensamiento dual, tal y como lo presentaba Radbruch hace ya cien años: acción y omisión, entendidas como comportamientos antagónicos, causal y no causal, constituyen el origen y la justificación de estructuras jurídico-penales diversas. Desde esta perspectiva sigue plenamente vigente, por tanto, la idea de la fractura en el seno de la teoría jurídica del delito (33). Se trata de un simple punto de partida pero de gran trascendencia; su logro se encuentra precisamente en aportar una base clara sobre la que comenzar a operar (34).

Son pues entre otras las anteriores razones las que explican que se quiera sustraer de cualquier tipo de indeterminación a los distintos modelos causales (35), manteniendo el distinto tratamiento jurídico-penal de acciones y omisiones. Nuestro siguiente paso en el análisis queda así delimitado: el objetivo es intachable; pero, ¿es en todo caso posible?

III. CONCEPTO DE CAUSALIDAD, ACONTECER FÍSICO-NATURAL Y ACONTECER SOCIO-CULTURAL

Para avanzar en la respuesta a tal cuestión podemos recurrir al modo en que Hans Welzel adapta a su esquema la idea de la causalidad:

«... El concepto de causalidad no es un concepto jurídico, sino una categoría del ser. Tampoco es una mera relación lógica, ni mucho menos imaginada, entre varios acontecimientos, sino la Ley de sucesión, no perceptible, pero mentalmente captable, del acontecer real y es, por ello, tan real como el acontecer mismo. También el Derecho tiene que partir

(33) Sobre la temprana y ya clásica propuesta de RADBRUCH, véase la exposición que hemos hecho al principio de este apartado 1. Actualmente, entre otros muchos autores, podemos señalar en esta línea a: SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Ensayo sobre el Derecho Penal como Ciencia. Acerca de su construcción*, Madrid, Dykinson S. L., 1999, p. 233; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español. Parte general III. Teoría jurídica del delito/2*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 252; y REGIS PRADO, Luiz, *Parte Geral*, 3.^a ed., ob. cit. n. 24, pp. 252 ss. y 258 ss.

(34) Y así, partiendo de la oposición entre acción y omisión, si bien con referencia a la «capacidad de acción» como elemento común –véase, anteriormente, n. 20–, nos encontramos con propuestas como la de Armin Kaufmann, que formula su conocido «principio de inversión» –«*Umkehrprinzip*»– como método para la trasposición de las estructuras activas a la omisión; sobre esta cuestión véase su desarrollo en KAUFMANN, Armin, *Dogmatik...*, ob. cit. n. 12, pp. 87 ss.; de la misma opinión WELZEL, Hans, *Strafrecht*, 11. Aufl., ob. cit. n. 25, p. 203.

(35) Inciden entre otros en esta cuestión: DONNA, Edgardo Alberto, *RDPC 2* (1998), ob. cit. n. 27, pp. 143 ss.; DÍAZ PITA, María del Mar, *RDPC 4* (1999), ob. cit. n. 30, pp. 519 ss.; y PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *RDPC 5* (2000), ob. cit. n. 27, pp. 92 ss.

de ese *concepto «ontológico» de causalidad* (¡si bien no todos los cursos causales son también jurídicamente relevantes!)...» (36).

Esta definición contiene, al menos en una primera aproximación, todos los elementos que hemos ido destacando como referentes de las concepciones de la causalidad en sentido físico-mecánico. Se trata de un concepto sólido, ajeno a cualquier posible fisura valorativa; la causalidad se dará en un plano avalorativo, neutral, previo al de su consideración por cualquier norma. Será con posterioridad cuando hayamos de analizar si el nexo causal, cuya existencia ha sido previamente comprobada, resulta jurídico-penalmente relevante; es en este plano en el que entrarán en juego valoraciones propias de los distintos sistemas de referencia penal.

Sin embargo, sin llegar a abandonar la esfera del finalismo, al menos en apariencia, no es ésta la única posibilidad que se nos abre. Comparemos ahora la concepción de Welzel con la caracterización que de los comportamientos activos y omisivos propone Günter Stratenwerth:

«... Una primera alternativa básica se encuentra en la diferencia de que se puede actuar u omitir actuar. En los primeros casos se busca cambiar la situación mediante una intervención (*aunque la transformación, como en el supuesto de las injurias, sólo pueda ser comprobada desde una perspectiva valorativa*). En otros supuestos se deja de realizar la intervención transformadora de la realidad y ello quizá porque los acontecimientos desembocan por sí mismos en un resultado deseado...» (37).

Resulta evidente que tras los modos de describir la relación causal de maestro y discípulo existe un núcleo común; pero también llama la atención que aparezca otro ámbito en el que los puntos de encuentro no sólo no parecen ser tan sólidos, sino que *en principio* se muestran divergentes (38).

En efecto, partiendo de la concepción de Stratenwerth y comparándola con la de Welzel, podemos, en primer lugar, señalar que existen determinadas situaciones en las que la misma naturaleza de las

(36) Véase WELZEL, Hans, *Strafrecht*, 11. Aufl., ob. cit. n. 25, p. 43 —entrecomillado en el original, la cursiva ha sido añadida por el autor—. La cita sigue fundamentalmente la traducción de CEREZO MIR, José, *Parte General II*, 6.ª ed., ob. cit. n. 3, p. 52, que se suma expresamente a este modo de entender las cosas. Sobre la más temprana concepción de Welzel de la causalidad y de los procesos internos a ella asociados, véase WELZEL, Hans, *ZStW*, 51 (1931), ob. cit. n. 26, pp. 703 ss.

(37) Véase STRATENWERTH, Günter, *Allgemeiner Teil I*, 4. Aufl., ob. cit. n. 31, § 6, Rdn. 17, pp. 79 ss. —cursiva añadida por el autor.

(38) Aunque, como veremos inmediatamente, en ningún caso son necesariamente distintos.

cosas nos indica la existencia de una relación lógica, necesaria, natural, entre dos fenómenos; el círculo formado por este tipo de procesos comprendería los incontestables supuestos de causalidad en un marco físico-natural –círculo que en el campo penal viene representado comúnmente por la situación típica del delito de homicidio por acción: el sujeto activo dispara su arma, la bala se aloja en un órgano vital de la víctima y ésta fallece (39)–. Hasta este punto, los modelos de Stratenwerth y Welzel son coincidentes.

Sin embargo, dando un paso más allá, nos encontramos con ciertos casos, en absoluto extraordinarios, en los que el entendimiento externo del comportamiento no nos permite aún conocer el contenido, el significado de la conducta *humana* que se encuentra tras ellos. Y de nuevo en este punto del análisis nos encontramos con una clara referencia a la obra de Gustav Radbruch. En efecto, Stratenwerth se apoya en el clásico ejemplo del delito de injurias (40), que ya utilizara aquél en 1930 para elaborar su conocida crítica de las construcciones causalistas del delito y de la comprensión exclusivamente externa de los fenómenos con relevancia jurídica. Siguiendo a Radbruch, desde una

(39) Históricamente, no resulta aventurado afirmar que esta situación típica se encuentra de un modo más o menos velado tras una gran parte de las construcciones sistemáticas del delito. Presente en el subconsciente de los más diversos autores, se llega a constituir en una rémora de la que los ejercicios analíticos en el campo causal no sólo no se sustraen, sino que constituyen uno de sus más finos ejemplos; véanse en sentido crítico: KAUFMANN, Armin, *Dogmatik...*, ob. cit. n. 12, p. 82; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión...*, ob. cit. n. 26, pp. 8 ss.; SCHÜNEMANN, Bernd, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *Juristische Arbeitsblätter*, 1975, p. 435, que apunta que la elaboración de la teoría jurídica del delito se ha construido y recortado sobre los delitos dolosos de acción; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito...*, ob. cit. n. 3, pp. 9 ss., que se refiere expresamente a los problemas que ha causado la búsqueda en la omisión de los elementos de la acción; HUERTA TOCILDO, Susana, *Problemas...*, ob. cit. n. 3, p. 284; JAKOBS, Günther, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften / Vorträge G 344, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1996, pp. 30 ss. –también publicado como *La imputación penal de la acción y la omisión*, traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 50 ss.–; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte general*, 4.ª ed., Madrid, Akal, 1997, p. 164; y GALLO, Marcello, *Appunti. Vol. II. Part. I...*, ob. cit. n. 26, p. 89.

En cualquier caso, existen opiniones que matizan la anterior, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 242, «... La acción positiva o acción en sentido estricto es la forma de comportamiento humano más importante en Derecho Penal, sirviendo, al mismo tiempo, de *referencia a la omisión...*» –la cursiva ha sido añadida por el autor.

(40) Véase, anteriormente, la n. 37.

perspectiva puramente naturalista, las injurias deberían ser descritas como una «... sucesión de movimientos de laringe, excitaciones de ondas sonoras y auditivas y procesos cerebrales...», modo gráfico de ilustrar lo erróneo de centrarnos exclusivamente en la cara externa de los hechos, ya que sólo nos muestran una visión parcial, incompleta del fenómeno objeto de estudio (41).

Sentado este primer punto, más allá de las injurias, podemos incluir en este ámbito muchas otras conductas que ya en una primera instancia sólo pueden ser comprendidas desde una perspectiva valorativa, como es el caso de las que se encuentran tras infracciones penales del tipo de las estafas. Y a partir de aquí es preciso insistir en que la necesidad de ir más allá de la esfera natural no sólo hace referencia a la comprensión del comportamiento en su conjunto, sino que es posible y necesario extenderla a sus caracteres individuales y, por tanto, en concreto y con una significación especial, al análisis de los procesos causales subyacentes, cuya existencia en casos como los señalados sólo podrá ser comprendida con plenitud desde la introducción de ciertos sistemas de valores.

Pues bien, pese a lo que una primera lectura pudiera indicar, todo ello no significa que los dos modelos planteados se contradigan necesariamente, ni siquiera que uno supere a otro: en este punto, el planteamiento de Stratenwerth puede ser entendido sin fricción alguna como una precisión de los distintos modos en que puede configurarse ese sustrato real que, según Welzel, caracteriza a las relaciones causales y que se sitúa en un estrato previo al del análisis de su relevancia jurídica; es decir, no se produce fractura alguna en el seno del concepto de causalidad, pero es conveniente precisar que dicho concepto puede asentarse sobre estructuras de distinta naturaleza (42). Y es que, no en vano, la relación que une un determinado comportamiento y la producción de resultados como los señalados, estará sometida a la existencia de ciertos sistemas de valores, pero no dejará de ser tan real

(41) Véase RADBRUCH, Gustav, *FS-Frank*, Bd. I, ob. cit. n. 26, pp. 161 ss. Otras referencias a este caso en ENGISCH, Karl, *Weltbild...*, ob. cit. n. 26, pp. 37 ss.; SCHMIDT, Eberhard, *FS-Engisch*, ob. cit. n. 26, p. 342; y STOFFERS, Kristian F., *Die Formel...*, ob. cit. n. 26, p. 97. Sobre la incorrecta visión de la realidad del causalismo, véase WELZEL, Hans, «Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht», *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1975, pp. 29 ss., 72 ss. y 94 ss.

(42) Y es que una vez más, en este punto, WELZEL nos sigue sorprendiendo con la sutilidad de su pensamiento y su capacidad para adaptarse a nuevos desarrollos del pensamiento jurídico-penal.

como la existente entre el alojamiento de una bala en el corazón de la víctima y el resultado de muerte.

1. Acudiendo al ejemplo de las injurias, como hemos visto, no constituye ninguna novedad afirmar que sólo la introducción de elementos valorativos, que hagan referencia a su concreta relevancia social, nos permite *comprobar* que unas determinadas declaraciones «... lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación...» (43). Pensemos en las muy distintas reacciones que en diferentes culturas e incluso dentro de una misma cultura entre diferentes grupos puede traer consigo una misma expresión. Este fenómeno no se relaciona más que circunstancialmente con procesos causales físicos tales como los movimientos de laringe, excitaciones de ondas sonoras y auditivas y procesos cerebrales a los que hacía referencia Radbruch (44); de hecho, su esencia está ligada a determinadas concepciones sociales que pueden sufrir y sufren importantes variaciones a lo largo del tiempo e incluso de una sociedad a otra (45). Únicamente el empleo de parámetros inequívocamente valorativos puede servir de base para la determinación de un resultado de este tipo; la dignidad no representa objeto material alguno sobre el que operar de un modo mecánico y, sin embargo, puede sufrir mermas de muy distinta consideración (46). Cual-

(43) Según el artículo 208 CP español:

«Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.»

(44) Véase, anteriormente, la n. 41.

(45) Sobre el carácter circunstancial de este tipo de delitos y la necesidad de llevar a cabo un juicio de valor, véanse, por ejemplo, además de RADBRUCH y los demás autores citados anteriormente, en la n. 41, RODRÍGUEZ DEVESA, José María/ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal español. Parte especial*, 18.^a ed., Madrid, Dykinson S. L., 1995, pp. 236 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español. Parte especial*, 3.^a ed., Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1996, pp. 219 ss. y 232 ss.; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 12.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 268 y 271; y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal. Parte especial*, 9.^a ed., Madrid, Dykinson S. L., 2004, p. 303.

(46) Sobre la consideración de las injurias como delitos de resultado y no de simple actividad, véanse, entre otros, CEREZO MIR, José, *Parte General II*, 6.^a ed., ob. cit. n. 3, n. 3 (p. 100), en cuya opinión el delito de injurias sólo queda consumado cuando «... la expresión proferida o la acción ejecutada llegan a conocimiento del sujeto pasivo y éste comprende su significado...»; el mismo, *Parte General III*, ob. cit. n. 33, p. 191; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Parte especial*, 3.^a ed., ob. cit. n. anterior, pp. 230, 236 ss.; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Parte especial*, 12.^a ed., ob. cit. n. anterior,

quier otro planteamiento de las implicaciones de las conductas injuriosas supondría retroceder a una visión muy próxima a la que impregnaba las concepciones anteriores a Gustav Radbruch (47).

2. Y, si nos referimos al delito de estafa, tampoco resulta posible sustraernos al empleo de tales elementos de carácter normativo para establecer si se ha utilizado «... engaño bastante para producir error en otro...» (48). No parece necesario insistir en que dependiendo del marco socio-cultural en el que se desarrollen los acontecimientos y, especialmente, dependiendo de quiénes sean los concretos sujetos que resulten involucrados en ellos, un mismo comportamiento «producirá» unos efectos u otros, será o no suficiente para crear una visión equivocada de la realidad en el sujeto pasivo.

Es decir, en supuestos como los descritos, nos encontramos con que se da una relación de causalidad, entendida ésta como la producción de un determinado cambio precisamente como consecuencia de un determinado comportamiento; tal nexos es, por tanto, real. Incluso podemos afirmar que la existencia de tal relación de causalidad es previa a la calificación que de ella haga el ordenamiento jurídico-penal. Tiene, en este sentido, carácter antecedente y es necesaria para la valoración penal; su naturaleza es, por tanto, prejurídica. Así, el pronunciar determinadas expresiones insultantes puede llegar a producir un efecto de descrédito, tengan o no aquéllas la entidad suficiente para realizar el tipo de las injurias; o, con respecto al otro ejemplo propuesto, no tenemos más que acudir a nuestra propia experiencia diaria para comprobar cómo ciertos comportamientos por parte de un tercero pueden influir decisivamente o incluso determinar de plano la decisión de realizar una concreta disposición patrimonial, con independencia de que pueda ser considerada como fruto de un engaño en el sentido de la figura delictiva de la estafa —ésta es precisamente, sin llegar a tales extremos, una de las bases en las que se sus-

pp. 274 ss.; y STRATENWERTH, Günter, *Allgemeiner Teil I*, 4. Aufl., ob. cit. n. 31, § 8, Rdn. 13, p. 102. Landecho Velasco y Molina Blázquez afirman que «... el delito de injuria es de resultado, a pesar de ser de simple actividad...», véase LANDECHO VELASCO, Carlos María/MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho Penal español. Parte especial*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 158; sobre su caracterización como delitos de resultado y de simple actividad, véase los mismos, *Derecho Penal español. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1996, pp. 254 ss.

(47) Véase, anteriormente, la n. 41.

(48) Establece el artículo 248.1 CP español que:

«Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.»

tenta el desarrollo de las técnicas de mercadotecnia como modo de influir en el aumento de la demanda de cualquier producto.

Y, sin embargo, hay algo que distingue los nexos de unión presentes en los anteriores ejemplos de los cursos de carácter mecánico que generalmente se vienen situando bajo el manto del pensamiento de la causalidad. En los supuestos que ahora analizamos, la situación viene no sólo condicionada, sino que está abiertamente determinada por procesos de distinta naturaleza, relativos al ámbito social, cultural, en el que se desarrolla el comportamiento causante y a su reflejo en la esfera individual. Como muy bien señalaba Günter Stratenwerth (49), sólo introduciendo en el análisis *valoraciones* extraídas de ciertos marcos de referencia socio-culturales, es posible afirmar la producción de resultados como los referidos. Por ello, a este tipo de configuraciones de la «causalidad», podemos denominarlo de «causalidad en el ámbito socio-cultural» (50).

Eso sí, antes de seguir, es importante insistir en que tal línea argumentativa no supone nada menos, pero tampoco nada más, que la afirmación de que ciertas estructuras valorativas pueden influir e incluso determinar la configuración de resultados externos a un comportamiento. Es decir, con ello no se pretende conceder naturaleza valorativa ni a tal resultado, ni a la relación de causalidad que conecta a ambos. Resultado y relación de causalidad son absolutamente reales, existen con anterioridad y con independencia de la aplicación de un concreto conjunto de normas con el objeto de comprobar su concurrencia, son previos a tal comprobación. No obstante, el hecho es que sólo el desarrollo de la conducta en el seno de un determinado sistema de referencia, éste sí de carácter claramente valorativo, ha posibilitado la aparición del resultado. Se trata de elencos de valores interiorizados

(49) Véase, anteriormente, la n. 37.

(50) En este punto, podemos traer a colación la clasificación propuesta por Ingeborg Puppe, que utiliza las expresiones «causalidad material» y «causalidad psicológica», para diferenciar relaciones causales externas, materiales, frente a la producción de efectos en la esfera interna del sujeto; véase PUPPE, Ingeborg, «Grünzüge zur actio libera in causa», *Juristische Schulung*, München-Frankfurt, C. H. Beck, 1980, pp. 348 ss. A esta clasificación se adhiere expresamente DÍAZ PITA, María del Mar, *RDPC* 4 (1999), ob. cit. n. 30, n. 15 (p. 513).

Nosotros mantenemos la expresión «causalidad socio-cultural» porque no sólo permite englobar supuestos en los que es esta vertiente externa en la que se desarrolla el comportamiento, la que determina la producción del resultado, sino porque en aquellos supuestos en los que el resultado se produce en la esfera interna, psicológica, del sujeto, viene influenciado por la asunción por el mismo de distintos patrones de conducta dependientes del ámbito en el que se desenvuelve; véase, en este mismo sentido, más adelante, la n. 81.

por el individuo y la comunidad y que dotan de sentido a la conducta humana (51).

En definitiva, el aparentemente monolítico pensamiento de la causalidad muestra una primera fractura, eso sí, de carácter interno. No desde luego en cuanto a su significado básico como *real* correlación entre distintos fenómenos –significado que queda inalterado desde el momento en que *el acontecer socio-cultural es tan real como el acontecer físico-natural*–, sino en cuanto a la naturaleza material de las estructuras que le sirven de base. Estamos, pues, ante un *concepto único, válido para describir fenómenos de distinta naturaleza*.

Y tal conclusión no está exenta de importantes consecuencias. Así, afectará a la propia interpretación del binomio necesidad-contingencia del nexo causal. En efecto, precisamente en torno a esta última particularidad, aún interesa destacar que en los que he denominado supuestos de causalidad en el ámbito «socio-cultural», frente a los casos de nexos causales que ya podemos calificar como «físico-naturales», no resultará excepcional que aparezca imposible determinar la ley causal desde parámetros generales –como se exige comúnmente desde las posiciones «naturalistas» (52)–. Por el contrario, será corriente que hayamos de desentrañar las específicas correlaciones causales que rigen en cada concreto caso, sin que se dé la posibilidad de fundamentarlas en leyes de validez universal –siempre que nuestra pretensión sea que cuenten con el mínimo de concreción exigible para que resulten operativas–. Ello viene dado por la propia estructura del sustrato que sirve de base a tales procesos, imbuido, como hemos dicho, de concepciones socio-culturales y de su reflejo en la esfera individual, esfera que en muchos casos resultará definitiva. Volviendo a nuestros ejemplos, la determinación de las consecuencias de unas manifestaciones potencialmente injuriosas, deberá de realizarse teniendo bien presente el concreto marco cultural y social en que se han producido; y la comprobación de la producción de un engaño bastante como origen de un acto de disposición ha de hundir siempre sus raíces en la percepción de la concreta persona que lleva a cabo tal acto.

Con ello, en ningún caso estamos asumiendo los planteamientos de ciertas teorías de la causalidad que se contentan con una versión ate-

(51) Por ello, insisto, esta dimensión de los nexos causales no tiene por qué traer consigo fricción alguna con el marco causal teórico descrito por autores como Hans Welzel.

(52) Sobre la necesidad de determinar la existencia de una ley causal de carácter general en la que fundamentar la concurrencia de un concreto nexo causal, véase la bibliografía citada anteriormente, en la n. 31.

nuada, meramente probabilística o estadística de los nexos causales (53). Nuestra pretensión es otra de muy distinto signo: señalar con claridad que los procesos que se encuentran tras un determinado nexo causal no tienen una naturaleza exclusivamente científico-natural en todo caso. A partir de este punto, la conclusión es inmediata: el ser humano no sólo se interrelaciona con el medio circundante a través del manejo de cursos mecánicos, sino también aprovechando determinadas estructuras y consideraciones socio-culturales que no tienen por qué coincidir con regla científica general alguna (54).

En definitiva, desde la perspectiva del análisis jurídico-penal, no resulta suficiente entender el mundo de los nexos causales desde parámetros estrictamente físico-mecánicos (55), (56); es necesario completar esta visión con variables de naturaleza socio-cultural, tan reales como las de carácter externo, y que influyen decisivamente en la com-

(53) Sobre este tipo de entendimiento de la causalidad, su planteamiento y sus limitaciones, véanse, por todos, a favor, GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Causalidad, imputación objetiva y cualificación por el resultado*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 58 ss.; y, en sentido crítico, CEREZO MIR, José, *Parte General II*, 6.ª ed., ob. cit. n. 3, pp. 53 ss.

(54) Gonzalo Rodríguez Mourullo ya nos advertía sobre los problemas que plantea en la cuestión causal el «... influjo de las corrientes mecanicistas que dominaron en las ciencias de la naturaleza... en la dogmática penal de la segunda mitad del siglo XIX...»; llegando a afirmar que «... El Derecho Penal no pretende regular conexiones de sentido físico entre dos fenómenos naturales, sino que disciplina la conexión entre un comportamiento humano, como voluntad que se realiza objetivándose en el mundo social, y un resultado socialmente dañoso...», o que «... el concepto físico-naturalista de causa es ya insuficiente en el mismo marco de la acción positiva...»; véanse, al respecto RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión...*, ob. cit. n. 26, pp. 55, 57 y 60; y el mismo, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1977, pp. 212 ss. Al posicionamiento al que llega en su intento de desprenderse de ese supuesto lastre mecanicista dedicaremos la n. 83.

(55) Incide en esta misma dirección, pero de un modo más radical, Ingeborg Puppe. Utilizando sus propias palabras: «... El problema de la causalidad se muestra de distinto modo para el jurista que para el físico o el astrónomo...»; véanse en este sentido, PUPPE, Ingeborg, *ZStW* 92 (1980), ob. cit. n. 30, pp. 864 ss.; y sobre su concepción de la causalidad en las conductas omisivas, más adelante, la referencia incluida en la n. 83.

(56) En cualquier caso, la importancia de la comprensión de la vertiente social del comportamiento humano aparece ya como uno de los postulados básicos de la obra de Hans Welzel. En este sentido afirma que: «... la realidad que se encuentra en la base del Derecho es la realidad de la vida social que se da en la conducta práctica. Ciertamente desde el punto de vista de la Ciencias Naturales contiene algunos elementos subjetivos... pero, por otra parte, muestra estructuras que no pueden ser incluidas en el cuantitativo mundo de las Ciencias Naturales... La realidad práctica de la vida es infinitamente más rica que el ser científico-natural...»; véase WELZEL, Hans, *ZStW* 58 (1939), ob. cit. n. 26, p. 496.

prensión del desenvolvimiento de la conducta humana en el medio en el que tiene lugar y le sirve de referente. Todas ellas constituyen un escalón previo a la valoración que el Derecho Penal haga de un acontecer cualquiera. No se trata ni más ni menos que del inevitable reflejo de la condición del ser humano como ser esencialmente social en la trascendencia de sus comportamientos (57).

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TEORÍA DE LAS DOS ORILLAS: LA CONTRAPOSICIÓN DE ACCIÓN Y OMISIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CAUSALIDAD

En definitiva, con la anterior argumentación he tratado de redefinir los perfiles del concepto de causalidad. Tras ello es posible dar un paso más y ver cómo afectan las conclusiones obtenidas en una de las esferas que destacábamos al inicio de este trabajo, la de la contraposición de acción y omisión como comportamientos distintos por su capacidad causal y su incidencia en el conjunto de la teoría jurídica del delito. Y es que sólo a través del conocimiento de las auténticas dimensiones del fenómeno causal es posible elaborar una conclusión válida sobre su consideración o exclusión como posible característica de las conductas omisivas y su consiguiente trascendencia en el análisis jurídico-penal. De este modo estaremos en condiciones de emitir un juicio sobre la validez actual de la teoría de las dos orillas.

En cualquier caso, nótese que en el estudio realizado hasta el momento, partiendo del modelo propuesto por Gustav Radbruch, siempre he utilizado como referencia comportamientos de carácter activo; la razón: que nos ofrecen un seguro banco de pruebas en todo lo relativo al mundo de las relaciones causales, en principio y en lo que hasta aquí hemos conocido, reservado al actuar positivo.

Precisamente por esta última constatación, teniendo en cuenta las observaciones realizadas en las páginas precedentes en toda su dimensión, la primera e inevitable conclusión es la de que, por lo general, los modelos causales de la caracterización del comportamiento humano, debido a su marcado cientificismo, concentrados en el aspecto mecánico-físico de las relaciones interfenoménicas, abandonan el análisis de la caracterización de hacer y omitir antes de agotarlo

(57) Sobre el papel de las estructuras sociales en la configuración de la «naturaleza de las cosas», véase LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, *Comportamiento omisivo...*, ob. cit. n. 4, pp. 407 ss.

en todos sus matices, lo que equivale a abrir la posibilidad de que resulten erróneos en la medida en que son incompletos.

Efectivamente, podemos estar de acuerdo en que, desde el punto de vista científico-natural, las acciones llevan por lo general consigo el manejo de cursos causales que pueden desembocar en resultados externos (58), de modificación de la situación preexistente; mientras, en las conductas omisivas no es posible apreciar relación material alguna con cambios en el mundo exterior. Los nexos causales «físico-naturales» son absolutamente ajenos al mundo de la omisión. El no actuar se caracteriza precisamente por su intrascendencia física, por no intervenir en la configuración causal-material del mundo exterior. Es decir, *la nada física tiene vetado el camino de la causalidad en el mundo físico*. Hasta aquí, pues, ninguna objeción.

Pero demos un paso más y completemos el análisis de los fenómenos causales con la que hemos denominado como vertiente «socio-cultural» de la causalidad (59). Desde tal perspectiva, desligada de una visión estrictamente mecánico-naturalista, no parece que, al menos en teoría, se pueda concluir sin más que existe una radical diferencia entre proceder activo y omisivo. En efecto, si una conducta activa puede producir efectos más allá de su vertiente mecánica, como manejo de factores causales naturalísticos, es decir, si es capaz de causar cambios que sólo pueden ser correctamente entendidos introduciendo las variables valorativas de un concreto ámbito socio-cultural, que no se fijan tanto en la cara externa del comportamiento como en su traducción a un sistema de valores, nada se opone a la conclusión de que una conducta omisiva *pueda* tener reflejo, efectos reales, en tal esfera. Con otras palabras, nada se opone a que una omisión pueda

(58) «Por lo general», ya que en mi opinión es posible encontrar acciones que desde una perspectiva físico-mecánica no trascienden a sí mismas. Sobre esta cuestión véase LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, *Comportamiento omisivo...*, ob. cit. n. 4, pp. 384 ss.; y sobre las denominadas «acciones básicas», ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *EP-Ruiz Antón*, ob. cit. n. 26, pp. 34 ss.

(59) Ya que ni Gustav RADBRUCH, que en 1930 llega a completar su teoría del comportamiento con la conocida referencia a la incorrección de llevar a cabo una comprensión meramente externa de la conducta humana –véase, anteriormente, n. 41–, ni Günter STRATENWERTH, que, como hemos señalado en repetidas ocasiones, reconoce expresamente la existencia de transformaciones que sólo pueden ser entendidas introduciendo en el análisis ciertas valoraciones –véase, anteriormente, n. 37–, concluyen su trabajo con el estudio de las consecuencias que tales afirmaciones puedan tener en el campo de la causalidad en los comportamientos omisivos y, por ende, en el resto de la estructura del delito. Desde esta perspectiva, nuestro trabajo no supone más que un intento de avanzar en uno de los aspectos del camino que ambos maestros comenzaron a transitar.

causar auténticos resultados que a su vez sean susceptibles de ser objeto de valoración desde los más variados prismas, entre ellos el del Derecho Penal.

Cuando hablamos de la producción de efectos en una esfera valorativa cualquiera, lo fundamental es que el ser humano lleve a cabo una manifestación, sea activa o sea omisiva, con la que exprese su posición con respecto a su entorno próximo y que tal manifestación sea percibida de uno u otro modo por elementos sensibles del sistema receptor. De esta manera, se hace posible conectar la conducta omisiva con un cambio producido en dicho sistema. Si tal esquema es correcto, la eliminación mental del comportamiento omisivo determinará, no ya con una probabilidad rayana en la certidumbre (60), sino, con absoluta seguridad, la desaparición del resultado derivado directamente de la omisión. Es decir, trasladados a la esfera penal, dada una concreta situación en la que se produce la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, la abstracción mental de la conducta omisiva supondrá la automática desaparición de dicho resultado. Con ello, la corrección de cualquier intento de oponer a acción y omisión por la concurrencia o no de capacidad causal debería, cuando menos, ser cuestionada.

Ahora bien, hasta este momento nos estamos manteniendo en el campo de lo meramente plausible. Hemos concluido que no resulta aventurado afirmar que la conducta omisiva de un determinado ser humano pueda, en una concreta situación, producir efectos externos; siempre en el marco de una concreta esfera de valores, del acontecer socio-cultural, pero, al fin y al cabo, efectos externos y previos a la toma en consideración por las normas penales. En este sentido, la relación causal existente sería tan real como la determinada por el

(60) Fórmula que, con distintos matices, es comúnmente empleada por doctrina y jurisprudencia para referirse a la relación hipotética entre la conducta omisiva y un resultado externo. Véanse, en la doctrina, por todos, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Parte General*, 4.ª ed., ob. cit. n. 39, p. 403; y CEREZO MIR, José, *Parte General III*, ob. cit. n. 33, p. 270; entre la jurisprudencia española, la STS de 12 de junio de 1992 (A. 5203/D. 6255), sobre esta sentencia y sobre la corriente jurisprudencial que representa, véanse LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, *Comportamiento omisivo...*, ob. cit. n. 4, pp. 336 ss.; y el mismo, «La caracterización de acción y omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Comentario a la STS de 12 de junio de 1992 (A. 5203 / D. 6255) –ponente: Enrique Bacigalupo Zapater–», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª ép., vol. 10, Madrid, UNED, 2002, pp. 329 ss.; y sobre la jurisprudencia y doctrina alemanas, véase Roxin, Claus, «La causalidad en la omisión», en Díez Ripollés, José Luis/Romeo Casabona, Carlos María/Gracia Martín, Luis/Higuera Guimerá, Juan Felipe (eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 965 ss. –sobre la jurisprudencia del BGH– y 968 ss. –por lo que respecta a la doctrina alemana.

empleo de fuerzas físicas. No obstante, más allá de la teoría, quedan por resolver algunos interrogantes: ¿es esto posible en la práctica?; ¿puede el ser humano conformar la realidad socio-cultural –de la que, no lo olvidemos, no sólo forma parte constituyente sino que constituye su esencia–, a través de comportamientos omisivos? Pues bien, ya podemos afirmar que nuestro convencimiento es el de que sí existe tal posibilidad práctica. No obstante, poco habríamos adelantado si no fuéramos capaces de ilustrar esta posición con supuestos extraídos de nuestra realidad más próxima; veamos algunos ejemplos:

1. Para comenzar, pensemos en el nada infrecuente caso de que alguien decida no acudir a una cita. La experiencia nos dice que tal conducta producirá ciertos «efectos» en quien se presenta con puntualidad. El carácter omisivo del comportamiento del primer sujeto no puede ser puesto en duda y, sin embargo, desde el punto de vista causal el resultado producido no es necesariamente distinto del que provoca quien profiere unos insultos; de hecho, resulta fácil imaginar que se haya dejado de acudir precisamente con esa intención.

2. Situémonos ahora en el marco de una recepción diplomática; los representantes de distintos Estados departen en la sede del Ministerio de Asuntos Exteriores del Estado anfitrión. En un cierto momento, miembros de la delegación de la República de A se cruzan con el cónsul del Reino de B; los diplomáticos de A saludan y obtienen por respuesta el silencio del representante de B. Es decir, el cónsul de B omite saludar a los representantes de A. El comportamiento es de naturaleza omisiva. Pues bien, tal conducta no sólo puede producir, y de hecho producirá, efectos en las relaciones futuras de ambos Estados, sino que no es difícil imaginar que el omitente con su impasibilidad haya buscado precisamente dicho resultado.

A tal análisis se le podría objetar que ya la misma presencia del representante de B en la recepción supone un comportamiento positivo, una acción dirigida a la producción de ciertos efectos, y del que el momento omisivo de retirada del saludo no sería más que un carácter más, sin entidad por sí mismo. Sin embargo, tal argumentación puede ser fácilmente contestada con la siguiente reformulación de los hechos: es posible que el cónsul de B ni siquiera conociera la presencia de los delegados de A en el acto y que sólo su encuentro fortuito haya hecho surgir en él la intención de provocar determinadas reacciones en los miembros de la delegación del otro Estado. El comportamiento omisivo adquiere plena entidad y relevancia por sí mismo.

De hecho, tanto la anterior situación como la descrita en el primer ejemplo, resultan muy similares a las que se plantean los autores que, a raíz del estudio de la estructura típica de los delitos de injurias, se enfrentan con la posibilidad de su realización por omisión. Se trata de

un supuesto que nuestro Código Penal parece excluir expresamente, puesto que en la definición del comportamiento típico injurioso se utilizan los términos «acción o expresión», de carácter inequívocamente activo (61); no obstante, la concreta decisión tomada por el legislador español no implica que sea impensable la existencia de injurias por omisión. Y así, tanto entre la doctrina española y extranjera (62), como desde la perspectiva de la legislación penal comparada (63), existen opiniones y ejemplos favorables a la existencia de tal tipo de injurias omisivas. En definitiva, se admite que a través de una conducta omisiva se pueda lesionar la dignidad o producir el descrédito de otra persona (64), (65).

(61) Véase la redacción completa del art. 208 CP español más arriba, en la n. 43.

(62) Véanse, entre otros: HERZBERG, Rolf Dietrich, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1972, pp. 82 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Parte especial*, 18.ª ed., ob. cit. n. 45, p. 236; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Parte Especial*, 12.ª ed., ob. cit. n. 45, p. 271; GALLO, Marcello, *Appunti. Vol. II. Part. I...*, ob. cit. n. 26, p. 61; y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Parte especial*, 9.ª ed., ob. cit. n. 45, p. 303. Joan J. Queralt admite la existencia de este tipo de comportamientos omisivos, pero considera que, en aras de «... restringir lo posible la materia de lo punible...», su respuesta jurídica debe ser relegada al ámbito de lo civil; véase QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Parte especial*, 3.ª ed., ob. cit. n. 45, p. 230. Por último, Rafael Alcácer afirma que «... podemos asignar el sentido de "insultar" tanto a la proferencia de una oración como al silencio...»; véase ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *EP-Ruiz Antón*, ob. cit. n. 26, p. 47.

(63) Es éste el caso del Código penal italiano, que en su artículo 594 castiga por delito de injurias a quien «... ofende el honor o el decoro de una persona presente...». Con tal fórmula, queda abierta la posibilidad de penar el comportamiento injurioso omisivo.

(64) En cuanto a la consideración del delito de injurias como delito de resultado material, nos remitimos a la bibliografía recogida más arriba, en la n. 46.

(65) Se muestra en principio de otro parecer Jesús María Silva Sánchez, que incluye a las injurias entre los delitos de mera actividad, tipos delictivos que en su esquema no pueden ser llevados a cabo a través de un comportamiento omisivo. En cualquier caso, este autor distingue en su análisis dos posibilidades: la posible realización de los delitos de mera actividad en comisión por omisión y la opción de que fueran directamente realizables por omisión; véase en este sentido SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito...*, ob. cit. n. 3, pp. 350 ss.

En torno a la primera de ambas situaciones, la realización en comisión por omisión de los tipos de simple actividad, resulta muy significativo el ejemplo con el que ilustra la cuestión: «... la no evitación, por un garante cualificado, de un hecho injurioso no le convierte a él mismo en autor del delito de injurias...»; véase al respecto, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito...*, ob. cit. n. 3, p. 352. Con ello, evidentemente, está soslayando la idea que aquí se plantea: la de la posibilidad de que un comportamiento omisivo tenga, por sí mismo, significado injurioso, idea que en absoluto puede ser equiparada con la trascendencia de que un garante omita evitar que un tercero cometa hechos injuriosos.

Sin embargo, Silva se enfrenta también con la cuestión de si un comportamiento en sí omisivo puede realizar directamente el tipo de las injurias que, repetimos, él considera

Y así, retomando el ejemplo propuesto en último lugar, si manteniendo el resto de circunstancias suprimimos la omisión del saludo (66) –bien introduciendo la acción omitida, bien eliminando la propia figura

de simple actividad. Pues bien, tampoco aquí su conclusión difiere de la que hemos recogido en el párrafo anterior: no cabe la realización típica omisiva de los delitos contra el honor y, en general, de los tipos de mera actividad. En cualquier caso, las razones en las que basa su opinión no hacen ya referencia a los problemas de equiparación, sino a que «... la teoría de la imputación se construye en los delitos de mera actividad con independencia de la diferenciación de comisión y omisión, propia de los delitos de resultado, y en forma unitaria. A la forma de imputación resultante de la aplicación del juicio de atribución típica puede ciertamente denominársele *comisión*, pues, en efecto, tiene en común con la “comisión” de los delitos de resultado el tratarse de intromisiones lesivas en la esfera de bienes jurídicos ajenos...» –véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito...*, ob. cit. n. 3, pp. 355 ss.; en cursiva y entrecomillado en el original.

Este tipo de conclusiones es fiel reflejo de la teoría del comportamiento de Silva Sánchez, caracterizada por la existencia de dos niveles, en el primero de los cuales, el plano del ser, sólo existen procesos causales, algunos de los cuales pueden ser calificados como acciones, que posteriormente, como consecuencia de su contraste con un sistema cualquiera de normas, podrán ser caracterizadas como omisiones o comisiones –véanse al respecto: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito...*, ob. cit. n. 3, pp. 125 ss.; y el mismo, «“Comisión” y “omisión”. Criterios de distinción», en *La «Comisión por omisión»*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 13–. Por tanto, todo lo dicho está sometido a las limitaciones del propio planteamiento de base –fundamentalmente la dificultad de apreciar tras todo tipo de comportamiento la existencia de un proceso causal y, en definitiva, el hecho de que se construya el comportamiento omisivo sobre la base de una acción efectivamente dada; sobre tal construcción y su valoración crítica me remito a LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, *Comportamiento omisivo...*, ob. cit. n. 4, pp. 282 ss. y 344 ss.–. En cualquier caso, con las conclusiones de Silva se está reconociendo en estos supuestos, cuando menos, una diferente relación con el medio con respecto a los clásicos casos de causación de resultados materiales externos. Pensemos en las consecuencias que esto tendría si el planteamiento de base fuera distinto y se reconociera la existencia de acciones y omisiones en un estadio previo al de la valoración jurídica. El resultado no podría diferir en gran medida de nuestras apreciaciones.

Por último, señalar que también Rolf Dietrich Herzberg apunta la posibilidad de incluir este tipo de supuestos directamente en el mundo de la comisión. Sin embargo, este autor, por distintas razones, llega a la conclusión de que resulta más conveniente mantenerlos en el campo de la comisión por omisión. En primer lugar, por el que él considera como criterio de diferenciación de acción y omisión de la doctrina dominante, en su opinión, basado en la existencia o no de movimiento corporal; pero también por cuestiones de técnica legislativa, ya que incluirlos entre los delitos impropios de omisión es el modo de que el juez tome buena cuenta de sus peculiaridades; véanse al respecto: HERZBERG, Rolf Dietrich, *Die Unterlassung...*, ob. cit. n. 62, p. 280; y LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, *Comportamiento omisivo...*, ob. cit. n. 4, pp. 120 ss.

(66) Sobre la importancia que, en el análisis de la eficacia causal de un determinado fenómeno, tiene el mantenimiento del resto de las circunstancias en las que se produce el concreto resultado, véase, por todos, con referencias a la postura sustentada por otros autores, CERESO MIR, José, *Parte General II*, 6.^a ed., ob. cit. n. 3, pp. 55 ss.

del sujeto omitente-, no se producirá resultado alguno que afecte a las relaciones de los Estados A y B. Y todo ello, siguiendo el esquema que hemos trazado desde una perspectiva teórica, sin que sea necesario jugar con factor alguno de indeterminación, por pequeño que éste sea (67): la introducción en el esquema del saludo del representante diplomático de A, determina con absoluta seguridad la ausencia del resultado; y, en esta misma línea, si en la situación concreta eliminamos su propia presencia, dicho resultado tampoco se produciría (68). También desde este punto de vista es posible afirmar que la omisión actúa como causa directa (69).

3. Sin embargo, los anteriormente descritos no son los únicos casos en los que es posible observar la existencia de un comportamiento omisivo que produce efectos externos en relación con un determinado sistema socio-cultural. Planteémonos el siguiente supuesto: A, experto economista, adquiere el compromiso de suministrar de modo automático información sobre cualquier perjuicio económico que pueda sufrir su acaudalado cliente B en la realización de cierto tipo de actividades de inversión. Se produce una situación de tal especie y A no advierte a B del serio peligro que corre su patrimonio. B, con la confianza de que el silencio de su asesor implica el éxito de la operación, la lleva a cabo, perdiendo una importante cantidad de dinero.

Pues bien, qué duda cabe de que el error en el que ha caído B puede ser reconducido a la omisión de A, e incluso de que tal error coincide con

(67) Sobre el común entendimiento de la relación entre conducta omisiva y resultado externo, véase, más arriba, la n. 60.

(68) Nótese que la situación es muy distinta a la que caracteriza el clásico supuesto del homicidio en comisión por omisión, en el que siempre hemos de jugar con un sistema más o menos depurado de probabilidades y el resultado se ve desencadenado en cualquier caso por fuerzas ajenas al sujeto omitente.

En efecto, el sujeto que impasible observa cómo su hijo fallece ahogado en una piscina, sólo puede ser puesto en relación con el resultado a través de la adición de una conducta positiva que debería evitar la muerte del menor, pero tal factor siempre está sometido a cierta, aun mínima, indeterminación. Por otra parte, si eliminamos mentalmente la figura del padre que observa desde el borde de la piscina, en la situación concreta en la que nos encontramos –aspecto éste fundamental para desarrollar correctamente el análisis causal; véase sobre esta cuestión la n. 66–, la muerte seguiría produciéndose.

(69) Podría argüirse que en nuestro ejemplo, al suprimir la figura del representante diplomático, en realidad se está eliminando el auténtico factor desencadenante del resultado. En este sentido, se omitiría controlar un curso causal desencadenado por la propia presencia del sujeto. Sin embargo, equiparar el propio comportamiento con un curso causal externo que se tiene la posibilidad de controlar –y que es el que en otro tipo de situaciones causa realmente el resultado; véase n. anterior–, encierra un doble peligro: por una parte, el de que nos aproximaríamos a la reducción de todo comportamiento humano al común denominador de la omisión de su control –posición que, si bien ha sido defendida en alguna ocasión, ha sufrido un significativo rechazo–; y, por otra, estaríamos introduciendo un factor de esquizofrenia en el sistema: tal visión supone la disección de la conducta humana de un modo ciertamente artificial.

el que se deriva del engaño que exige el comportamiento típico del delito de estafa, de tal manera que se podría plantear la cuestión de la tipicidad de la conducta omisiva si tras la misma se da la estructura subjetiva que requiere la figura delictiva de la estafa (70). En efecto, a la hora de poner en marcha su actividad inversora, B valorará como un dato positivo el que su consejero A se haya abstenido de realizar declaración alguna contraria a tal decisión, este dato puede no sólo favorecer, sino conducir directamente a la toma de la decisión final y, en cualquier caso, es causa directa del error en el que ha caído el inversor. De nuevo resulta incontestable que de un comportamiento omisivo se han derivado efectos en una esfera ajena. Y de nuevo hemos de señalar que no sería correcto hacer desaparecer la relevancia del omitir dirigiendo la mirada a la conducta, ciertamente positiva, de asunción del compromiso; podríamos estar cayendo en la inaceptable construcción del *dolus subsequens* (71) (72).

(70) La regulación del delito de estafa, recogida en el art. 248.1 CP español, la incluimos más arriba, en la n. 48.

(71) Sobre la aceptación de la estafa por omisión en doctrina y jurisprudencia véanse, por todos: WELZEL, Hans, *Strafrecht*, 11. Aufl., ob. cit. n. 25, pp. 369 ss.; HERZBERG, Rolf Dietrich, *Die Unterlassung...*, ob. cit. n. 62, pp. 74 ss., donde aporta otros ejemplos de estafa por omisión –pp. 81 ss.–; SCHÜNEMANN, Bernd, «Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 96, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1984, pp. 313 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, José María; SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Parte especial*, 18.ª ed., ob. cit. n. 45, p. 502; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Parte especial*, 3.ª ed., ob. cit. n. 45, p. 371; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Estafas*, tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp. 55 ss.; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Parte Especial*, 12.ª ed., ob. cit. n. 45, pp. 407 ss.; y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Parte especial*, 9.ª ed., ob. cit. n. 45, p. 407.

(72) También en este caso Jesús María Silva Sánchez se muestra contrario a la posibilidad de realización omisiva. Las razones son muy similares a las que más arriba apuntábamos para el caso de las injurias y de los delitos de simple actividad en general –véase, más arriba, la n. 65–. Una vez más parte de la distinción de dos posibles interpretaciones de la realización omisiva: la de que el silencio produzca directamente el engaño y la de que el sujeto con su omisión no saque a otro del error en el que se encuentra –véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito...*, ob. cit. n. 3, p. 358; y, también distinguiendo las dos posibilidades, HERZBERG, Rolf Dietrich, *Die Unterlassung...*, ob. cit. n. 62, pp. 75 ss., y SCHÜNEMANN, Bernd, *ZStW 96* (1984), ob. cit. n. 71, pp. 313 ss.

Desde luego, la última de estas situaciones no puede ser equiparada a los supuestos que nosotros manejamos. Como el propio Silva reconoce, existe una omisión y la cuestión está en si es posible equipararla a la acción de causar una situación de engaño que el comportamiento omisivo simplemente no ha deshecho –véanse SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito...*, ob. cit. n. 3, p. 359; y, más arriba, la n. 65–.

Con respecto a los casos en que supuestamente es la conducta omisiva la que produce el engaño, afirma Silva que: «... la conducta del sujeto, activa en otra dirección o absolutamente pasiva, en su contenido de “silencio en determinadas circunstancias”, realiza directamente el sentido del tipo... la conducta constituye una intromisión en la esfera jurídica ajena y, en la línea de lo expuesto para los delitos de mera actividad, debe, por tanto, advertirse la existencia de una realidad típica comisiva...» –véase SILVA

Por otra parte, también en este caso la eliminación mental de la conducta omisiva del consejero A determinará directamente, sin tener que acudir a ningún tipo de pensamiento especulativo (73), la desaparición del resultado de error en el inversor B, error que puede llegar a condicionar su actividad inversora (74) (75).

4. Aún se mencionan otro tipo de supuestos en los que parece posible verificar una cierta capacidad causal en la conducta omisiva. Se traen a colación ejemplos en los que la propia omisión influiría determinante en un proceso motivacional ajeno, que finalmente desemboca en un cierto comportamiento (76). Así, se hace referencia por ejemplo al caso del soldado que, tras ser hecho prisionero por el enemigo, con el objeto de conseguir la confesión de un importante secreto militar, es amenazado por sus captores con que mientras no confiese se irá eliminando cada cierto tiempo a un prisionero civil de su bando. Su omisión será un factor determinante de la decisión que se traduce en las muertes de sus compañeros (77) (78).

SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito...*, ob. cit. n. 3, pp. 358 ss.; entrecomillado en el original—. Pensemos de nuevo en la traducción que tendría la situación expuesta de haberse reconocido en este esquema la existencia de omisiones en un plano previo al tipo, no distaría mucho del que nosotros hemos alcanzado —véase, más arriba, la n. 65—.

(73) De nuevo, sobre el común entendimiento de la relación entre conducta omisiva y resultado externo, véase, más arriba, la n. 60.

(74) En estos supuestos de estafa por omisión, Rolf Dietrich Herzberg considera que la conducta omisiva ha de constituir un comportamiento concluyente —«*konkludentes Verhalten*»—. Es decir, el silencio del omitente debe incorporar un valor aclaratorio que produzca el error; véase HERZBERG, Rolf Dietrich, *Die Unterlassung...*, ob. cit. n. 62, pp. 74 ss.

(75) Es importante insistir en que la consecuencia directa de la omisión de la información comprometida es el error que se produce en quien realiza el acto de disposición, no siendo determinante que B llevara a cabo tal acto incluso si hubiera conocido los riesgos que su patrimonio podía correr —de hecho toda actividad inversora comporta un margen de riesgo—. Lo que importa en este momento es que, si eliminamos mentalmente la conducta omisiva, en ningún caso se producirá el error que puede condicionar el acto de disposición patrimonial.

(76) Ya apuntan hacia esta posibilidad autores como: DOHNA, Alexander Graf Zu, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 3. Aufl., Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1947, p. 22; o HERZBERG, Rolf Dietrich, *Die Unterlassung...*, ob. cit. n. 62, pp. 276 ss.

(77) Ejemplo tomado de HERZBERG, Rolf Dietrich, *Die Unterlassung...*, ob. cit. n. 62, pp. 276 ss.

(78) Salvando las distancias, los ejemplos de omisión a los que me refiero en este momento presentan un cierto paralelismo con los que otros autores utilizan para plantear la hipótesis de la denominada participación o complicidad psíquica, en la que el sujeto da consejos, anima o acompaña al autor durante la comisión de un delito. En estos supuestos se reconoce la capacidad causal de los comportamientos positivos del mismo modo que en mi opinión omisiones como las señaladas en el texto pueden ser causa de resultados. Sobre la participación o complicidad psíquica véase CEREZO MIR, José, *Parte General III*, ob. cit. n. 33, p. 231.

Inciendo en esta línea, podemos añadir al caso propuesto la variante de que el amenazado no deponga su actitud hasta que no se dé muerte a un enemigo personal que se encuentra entre el grupo de prisioneros. En este caso, frente a otros supuestos omisivos no causales, pero del mismo modo que en los ejemplos que hemos recogido en páginas anteriores, lo cierto es que no sólo la confesión de los datos, sino también la muerte o la pérdida de sentido del soldado, conllevaría que se parara el proceso de eliminación de los prisioneros (79). Con estos datos resulta difícil seguir negando todo tipo de virtualidad causal a la omisión.

La conclusión se encuentra al alcance de nuestra mano: la causalidad no es una nota exclusiva del comportamiento activo, las omisiones pueden tener real trascendencia causal en el seno del acontecer socio-cultural. La razón de este giro se encuentra en que el planteamiento, correcto desde un punto de vista físico-natural, de que la omisión contemplada externamente es la nada y por tanto no puede causar modificación física alguna, pierde radicalmente su validez en cuanto aplicamos el punto de vista de su significado social. De ahí que, entendida la omisión como modo de manifestación del ser humano en el concreto sistema de referencia en el que aquél desenvuelve su actividad, el sólido principio «*ex nihilo nihil fit*» no quede comprometido por la aceptación de causalidad en determinados casos de comportamientos omisivos. Desde tal perspectiva, es difícilmente asumible que la omisión sea la nada. *El comportamiento omisivo es, ciertamente, la nada mecánica, pero en ningún caso la nada social; en este ámbito, debido a su contenido positivo, puede provocar modificaciones en el entorno socio-cultural en el que se verifica.*

Cualquier otro planteamiento es consecuencia de que, pese al tiempo transcurrido, siguen teniendo una cierta vigencia las palabras de Hans Welzel, que ya a comienzos de la década de los treinta del pasado siglo se quejaba de que, pese al hincapié que se hacía en los puntos de vista valorativos, la Ciencia del Derecho penal seguía profundamente asentada en el pensamiento mecánico-naturalista (80). Pues bien, más

(79) Compárese dicha hipótesis con lo que ocurriría en el caso de que muera o pierda el sentido quien tiene la posibilidad de salvar a alguien que se está ahogando: el resultado de muerte, no variaría un ápice; véanse, en este mismo sentido, HERZBERG, Rolf Dietrich, *Die Unterlassung...*, ob. cit. n. 62, p. 276; y nuestra argumentación, más arriba, en la n. 68.

(80) Véase WELZEL, Hans, *ZStW 51* (1931), ob. cit. n. 26, p. 708 y las referencias bibliográficas recogidas más arriba, en la n. 26. Desde luego que estas declaraciones contrastan con la que hemos visto que era la propia concepción de la causalidad de Welzel —véase, más arriba, la n. 36— y con la amplia difusión de los planteamientos mecánico-naturalistas de la causalidad.

de setenta años después, con el mundo de la causalidad y su trascendencia en el ámbito de la omisión sigue ocurriendo algo parecido.

Por tanto, ya es posible extraer una conclusión en cuanto a la caracterización de acción y omisión desde el punto de vista de las relaciones entre el individuo, su comportamiento y el mundo circundante: si bien la acción y la omisión se diferencian radicalmente desde el punto de vista de su capacidad física de cambio, comportándose como fenómenos opuestos –acción causal frente a omisión no causal–, es posible encontrar una cierta identidad en cuanto a su potencialidad para provocar auténticos efectos en la esfera socio-cultural (81). En la medida en que desde la perspectiva jurídico-penal tal esfera tiene plena relevancia, plena vigencia, es necesario admitir que en determinados supuestos la omisión es tan causal como la acción (82). Y así, es posible afirmar que en tanto en cuanto manifestación de la posición del ser humano con respecto a su entorno, cualquier omisión tiene la capacidad de producir efectos en el marco del acontecer socio-cultural y, de hecho, será común que así suceda, cuestión distinta será la de la trascendencia penal de dichos resultados. El nexo causal así configurado le vendrá dado al intérprete penal y deberá ser el núcleo de su comprobación y posterior análisis.

Por todo ello, la referencia a la causalidad sin más, como elemento central de la caracterización de comportamientos activos y omisivos, resulta inexacta y en consecuencia ha de ser rechazada como criterio válido para explicar la totalidad de los casos (83).

(81) Esfera que también podríamos denominar psico-social, siempre que entendiéramos el aspecto psicológico del binomio no como mera producción mecánica de reacciones en la esfera interna del sujeto, sino como producción de efectos precisamente derivados de la asimilación de determinados patrones de conducta, que son reflejo más o menos perfecto de las estructuras socio-culturales en las que se desenvuelve el individuo. Pero es por ello que preferimos la expresión «causalidad en el ámbito socio-cultural» para denominar el fenómeno que estamos describiendo; véase en parecido sentido, más arriba, la n. 50.

(82) Es necesario insistir en que los resultados obtenidos en este trabajo no significan en ningún caso que toda omisión sea causal o, quizá expresado con una mayor precisión, de nuestras conclusiones no se debe deducir que las conductas omisivas puedan causar cualquier tipo de resultados. De las acotaciones que se han ido sucediendo en las últimas páginas se deduce claramente que nunca podremos derivar de una omisión un resultado de carácter físico-natural. La única, pero cierta, capacidad causal de las conductas omisivas se sitúa en el ámbito socio-cultural.

(83) Alcanzada esta conclusión, quizá resulte conveniente que nos detengamos a estudiar el interesante tratamiento de la cuestión de la causalidad en la omisión que dentro de la doctrina española, entroncando con la teoría de la «condición legal» de Engisch, hace Gonzalo Rodríguez Mourullo. Efectivamente, en la monografía que ya en los años sesenta dedicó al delito de omisión de socorro, entre otros aspectos analizaba pormenorizadamente las implicaciones de las relaciones causales en la conducta

Pero aún hemos de seguir un paso más el hilo argumentativo iniciado al comienzo de este trabajo. Si se aceptan las anteriores conclu-

omisiva, llegando a decantarse en favor de la concurrencia de auténtica causalidad en los comportamientos omisivos –véase RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión...*, ob. cit. n. 26, pp. 48 ss.

Su discurso en esta sede parte de la convicción de que aquellos autores que, como Hans Welzel, niegan la virtualidad causal de la omisión pese a concebir la causalidad como categoría del ser, lo hacen imbuidos por el pernicioso influjo de un pensamiento mecanicista del que, en principio, ellos mismos pretenden sustraerse –véase en este sentido, más arriba, la n. 80–. Con tal condicionante, Rodríguez Mourullo estima que no es extraño que les resulte francamente difícil reconocer que la omisión «cause algo». Ahora bien, avanzando en su argumentación, considera que si nos desprendemos de este tipo de prejuicios, no existe problema alguno para comprobar la existencia de auténtica causalidad en la omisión. La conducta omisiva es entendida como «... condición negativa apta para no impedir...», «... no es un “nada”, sino una forma real de comportamiento humano, que opera en la realidad como condición negativa, es decir, como entidad apta para no impedir...», de esta afirmación deduce que ningún obstáculo se opone a la visión de la omisión como comportamiento causal –véase RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión...*, ob. cit. n. 26, pp. 55 ss.

En este momento nos interesa destacar que, con las anteriores premisas, se podría llegar a la conclusión de que el planteamiento de Rodríguez Mourullo y el aquí defendido recorren líneas paralelas. Sin embargo, nada más lejos de la realidad.

Nótese, por una parte, que para el citado autor, el desprenderse de la inconveniente visión mecanicista supone determinar que toda omisión puede ser causal, y aún es más, puede incluso ser causal de resultados materiales, deducción esta última que, como hemos señalado, estamos muy lejos de aceptar –véase la n. anterior–. De hecho, siguiendo esta misma dirección, llega a postular la concurrencia de finalidad real en la omisión –véase RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión...*, ob. cit. n. 26, pp. 61 ss.–, planteamiento que a nosotros nos resulta vedado, al menos con carácter general. Por tanto, en este punto se produce un significativo distanciamiento entre ambos pensamientos.

Pero es que, además, el curso argumentativo que sigue Rodríguez Mourullo para llegar a sus conclusiones es bien distinto al que en nuestro caso ha conducido a afirmar la posibilidad de que concorra causalidad –construida sobre parámetros «socio-culturales», pero al fin y al cabo causalidad– en algún tipo de comportamiento omisivo. En efecto, como hemos señalado, Rodríguez Mourullo parte de la consideración de la omisión como una realidad, condición negativa del resultado, apta para no impedirlo; sentada esta base, su discurso se apoya en que la categoría del «no impedir» es una especie del término «causar» entendido en sentido amplio –véase RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión...*, ob. cit. n. 26, p. 56–. Con ello se hace posible afirmar que la omisión es tan causal como la acción. Pues bien, lo que en el seno de las denominadas «condiciones negativas» es realmente causal es cualquier acción positiva que contribuya al mantenimiento de las condiciones necesarias para la producción de un resultado, pero nunca la no realización –omisión– de acciones que supondrían la transformación de dichas condiciones. Es precisamente en este punto donde se hacen patentes las importantes diferencias entre «no impedir» y «causar». Por tanto, desde nuestra perspectiva, no podemos compartir ni el razonamiento ni, por supuesto, las conclusiones de Rodríguez Mourullo; ni uno ni otras resultan plenamente convincentes –sobre el problema de las condiciones negativas véase con más

siones, esto es, si la causalidad no es un elemento ajeno en todo caso a las conductas omisivas y exclusivo de la acción, si, en definitiva, existe una cierta capacidad causal en la omisión, es claro que el principio de causalidad no está habilitado para, tal y como hacía Gustav Radbruch a principios del siglo xx, justificar una radical fractura de la teoría jurídica de los delitos de acción y de omisión (84).

En efecto, vimos que eran tres las ideas que se encontraban tras el planteamiento original de la defensa de la existencia de una brecha en la teoría jurídica del delito (85): la concurrencia de causalidad, la de voluntad y la propia existencia de un acto en las conductas omisivas. Pues bien, el propio Radbruch nos daba idea de que la omisión no necesita *en todo caso* de voluntad (86), lo que supone que existirán

detalle, LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, *Comportamiento omisivo...*, ob. cit. n. 4, pp. 351 ss.

Las limitaciones de tal construcción se ponen de manifiesto cuando, a la hora de determinar la concreta relevancia penal de las conductas omisivas, es el propio creador del modelo quien señala que «... la omisión no se convierte ya en relevante jurídico-penalmente por el simple hecho de que no haya impedido el resultado típico... El hecho de que la omisión opere como condición negativa obliga al ordenamiento penal a realizar una selección entre todas las omisiones que fueron causales respecto al resultado típico. Por el contrario, la acción en cuanto causa positiva del resultado típico se individualiza por sí misma, y cobra relevancia jurídico-penal en la medida en que aparece como causa de ese resultado...» –véase RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión...*, ob. cit. n. 26, pp. 67 ss., 77, 91 y 97–. En definitiva, el propio Rodríguez Mourullo reconoce una decisiva diferencia entre los dos tipos de «causalidades» que rigen a hacer positivo y omitir, con lo que se abren las dudas sobre la utilidad de reconducir ambas cuestiones a una única categoría –como, sin embargo, defendemos en este trabajo–. En parecido sentido, véase RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Parte General*, ob. cit. n. 54, pp. 226 ss.

También otros autores apoyan fórmulas similares de la causalidad en la omisión, en las que se insiste en su carácter de «condición legal» del resultado, véanse, por ejemplo: ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931, p. 29 ss.; el mismo, «Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug», *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1963, pp. 264 ss.; PUPPE, Ingeborg, *ZStW* 92 (1980), ob. cit. n. 30, p. 899; y últimamente ROXIN, Claus, *LH-Cerezo Mir*, ob. cit. n. 60, pp. 964 ss., donde, en cualquier caso, reconoce expresamente que «... existe una diferencia entre la causalidad de la acción y la causalidad de la omisión...» (p. 965).

(84) Armin Kaufmann daba una especial importancia a la falta de «auténtica causalidad» –«*Echte Kausalität*»– en los comportamientos omisivos pues en otro caso no serían necesarias reglas específicas para acción y omisión; véanse KAUFMANN, Armin, *Dogmatik...*, ob. cit. n. 12, pp. 57 ss. –expandido en el original–; y en el mismo sentido JAKOBS, Günther, *Zurechnung...*, ob. cit. n. 39, pp. 15 ss.; y el mismo, *Imputación...*, ob. cit. n. 39, p. 25.

(85) Véase, más arriba, el apartado 1 de este trabajo.

(86) Véanse, más arriba, las nn. 9 ss.

supuestos de comportamientos omisivos voluntarios y, por tanto, no tan alejados de la orilla de la acción como pretendía aquél; pero, además, como resultado de nuestro trabajo hemos concluido que la omisión no es *en todo caso* causal, pero ciertamente lo puede ser, con lo que cae el segundo de los puntales del planteamiento analizado; por último, si siguiendo a Radbruch definiéramos al acto como «... el comportamiento corporal del autor *en relación de causalidad con el resultado...*» (87), es evidente que ya no es posible afirmar que en la conducta omisiva no exista tal elemento. La teoría de las dos orillas pierde gran parte de su consistencia; será necesario revisar algunas de las afirmaciones que comúnmente se hacen en torno a la distinta trascendencia penal de conductas activas y omisivas.

V. EXCURSO: CAUSALIDAD Y ESTRUCTURA SUBJETIVA DE LA OMISIÓN

En la línea que acabo de apuntar, inicio ahora un breve análisis de la cara subjetiva de las conductas omisivas. Y es que el reconocimiento de la existencia de cierto tipo de omisiones causales, que pueden estar orientadas a la consecución de un determinado objetivo con trascendencia socio-cultural, entre otras consecuencias que habrán de ser objeto de ulteriores estudios, lleva implícito un dato fundamental para la adopción de un modelo sobre la controvertida estructura subjetiva del comportamiento omisivo. Es éste el punto que pretendo ilustrar en este momento.

Como es conocido, existe una importante polémica en doctrina y jurisprudencia en torno a cómo se encuentra configurada la cara subjetiva de los comportamientos omisivos típicos, es decir, cómo está constituido el dolo en los delitos dolosos de omisión. Básicamente encontramos dos tipos de planteamientos: si basta con la mera conciencia de la no realización de una acción con conocimiento de la capacidad concreta para llevarla a cabo o si es necesaria la concurrencia de un elemento volitivo con sustantividad propia (88). Pues bien, teniendo en cuenta las conclusiones alcanzadas hasta este punto y aunque no sea posible dedicarle en este momento toda la atención que

(87) Véase, más arriba, la n. 16 –la cursiva ha sido añadida por el autor–.

(88) Sobre el tratamiento de esta cuestión en la jurisprudencia española, véase ROMEO CASABONA, Carlos María, «Límites de los delitos de comisión por omisión», en *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 43.

merecería, en mi opinión podemos identificar dos elementos en el dolo omisivo: intelectual y volitivo (89).

1. Tal estructura es relativamente fácil de asumir para las señaladas omisiones causales –y, por ende, finales (90) (91)–: el omitente será *consciente* de la concurrencia de los elementos del tipo y tendrá *voluntad* de que concurren; será consciente, por ejemplo, de que no saludar produce una determinada reacción en otra persona y negará su saludo precisamente para producir dicho efecto o al menos contando con la producción de dicho efecto. Incidiendo en esta línea, el omitente, ante el conocimiento de la situación típica, podrá decidir en su caso incluso el modo en que llevar a cabo la omisión con el objeto de producir unos u otros efectos. Y así, retomando el ejemplo de la recepción en el Ministerio de Asuntos Exteriores, es bien posible que el cónsul del Reino de B, conociendo la presencia de la delegación diplomática de la República de A, y para alejar la posibilidad de cualquier tipo de roce, opte por evitar cruzarse con aquéllos o incluso por abandonar la reunión sin que lleguen a percatarse de su asistencia (92).

2. Llegados a este punto la siguiente pregunta es obvia: ¿y en los demás supuestos? Pues bien, pese a que su contenido y trascendencia no serán exactamente los mismos, también es posible comprobar la existencia de ambos elementos en el ámbito subjetivo del resto de las conductas omisivas no causales.

En efecto, como hemos señalado, desde distintos frentes se plantea que en la omisión no existe un elemento volitivo o que dicho elemento es

(89) No entramos aquí en el análisis de aquellas teorías que consideran que con carácter general el dolo está formado por un único elemento intelectual o que, yendo más allá, promueven la objetivación y normativización del mismo. Sobre esta cuestión véanse por todos: CEREZO MIR, José, *Parte General II*, 6.ª ed., ob. cit. n. 3, n. 87 (pp. 144 ss.); y DONNA, Edgardo Alberto, «El concepto objetivado de dolo», en Díez RIPOLLÉS, José Luis; ROMEO CASABONA, Carlos María; GRACIA MARTÍN, Luis/HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe (Eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 671 ss.

(90) También Armin Kaufmann considera que en caso de existir omisiones dotadas de auténtica causalidad estaríamos ante conductas omisivas estructuradas finalmente. De hecho, considera que si esto fuera así no se podría distinguir a la omisión del resto de las acciones. En mi opinión, esta afirmación es una vez más muestra de la visión naturalística que se resiste a desaparecer de la base de determinadas interpretaciones del comportamiento humano; véase KAUFMANN, Armin, *Dogmatik...*, ob. cit. n. 12, pp. 57 ss.

(91) Sobre la finalidad como dirección del acontecer causal externo, véase, más arriba, la n. 28.

(92) De modo paralelo al que, para los supuestos de acción, «... El ser humano, ante el conocimiento o la previsión de la posible realización de los elementos objetivos del tipo, no tiene únicamente la opción de llevar o no a cabo la acción, sino también, en su caso, la de dirigirla de modo que trate de evitar la realización del tipo...», véase CEREZO MIR, José, *Parte General II*, 6.ª ed., ob. cit. n. 3, n. 87 (p. 145).

intrascendente, quedando englobado en el intelectual, de tal manera que una vez que el omitente fuera consciente de la no realización de la acción conociendo su concreta capacidad para llevarla a cabo, sería automáticamente dolosa, importando poco que el sujeto contara o no con la producción del resultado (93). Pues bien, frente a tales discursos, también para el resto de omisiones no causales, esto es, consideradas en el ámbito del acontecer físico-natural, hemos de acoger el planteamiento de quienes sostienen que una cosa es que una determinada omisión sea llevada a cabo de modo consciente y otra que el sujeto asuma por ello la producción del resultado que, en este tipo de situaciones, no ha sido evitado (94).

Veamos cómo se articula esta posibilidad. Si nos remitimos al ámbito de los delitos de acción por imprudencia consciente (95), existe la voluntad de llevar a cabo una determinada acción, es la producción del resultado el elemento que no está incluido en la voluntad de realización a pesar de que el sujeto es consciente de su posible concurrencia. En definitiva, el resultado ha sido causado por una acción querida y se conocía la posibilidad de su producción, sin embargo, no se daba la voluntad de realización, se confiaba en que no ocurriera así (96). Pues bien, también en la omisión es perfectamente posible que el sujeto omita con conciencia de la posible producción del resultado, pero confiando en que éste no se produzca; si ésta es la situación ¿por qué no responsabilizar al sujeto de una omisión por imprudencia consciente? Con ello, estaríamos reconociendo la existencia y trascendencia del tan controvertido elemento volitivo del dolo en los comportamientos omisivos.

(93) Véanse en este sentido, por ejemplo: KAUFMANN, Armin, *Dogmatik...*, ob. cit. n. 12, pp. 35 ss.; WELZEL, Hans, *Strafrecht*, 11. Aufl., ob. cit. n. 25, p. 201; y CEREZO MIR, José, *Parte General III*, ob. cit. n. 33, p. 253.

(94) Son muchos los autores que defienden este tipo de visiones, entre otros: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 81 ss.; KÜPPER, Georg, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlín, 1990, p. 57; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 4.ª ed. por José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, pp. 574 ss.; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch...*, 5. Aufl., ob. cit. n. 24, pp. 631 ss.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, pp. 450 ss.; DAZA GÓMEZ, Carlos J. M., *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Cárdenas, México, 1998, p. 319; VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal. Parte General*, San Marcos, Lima, 1998, p. 257; y STRATENWERTH, Günter, *Allgemeiner Teil I*, 4. Aufl., ob. cit. n. 31, § 13, Rdn. 67, p. 393, y Rdn. 76, p. 395.

(95) De nuevo se trata de acudir a un terreno que, por haber sido objeto de una mayor atención por parte de la Ciencia del Derecho Penal, podemos considerar más estable que el de la omisión: el de los delitos de acción.

(96) Véanse al respecto, por todos, CEREZO MIR, José, *Parte General II*, 6.ª ed., ob. cit. n. 3, pp. 147 ss.; y REGIS PRADO, Luiz, *Parte Geral*, 3.ª ed., ob. cit. n. 24, p. 296.

La confirmación de que tal situación es posible la aporta la existencia de un porcentaje importante de casos en los que se presenta un tanto de inseguridad en el desarrollo de los acontecimientos. Con otras palabras, el conocimiento de los cursos causales, el saber causal del ser humano, es limitado, dato que en el campo de la omisión no se traducirá en todo caso en una voluntad de realización en el sentido del comportamiento activo, pero sí al menos en una voluntad de que el desarrollo de los acontecimientos lleve al resultado típico, no lo lleve o resulte indiferente, distintas formas de manifestación de lo que en definitiva constituye el elemento volitivo del dolo en la omisión (97).

Partiendo de esta perspectiva, se nos podría criticar que quien es consciente de la situación típica y, por ejemplo, no desea la producción del resultado, no conoce la situación típica. Pero tal objeción es, desde luego, errónea habida cuenta del ya señalado conocimiento limitado del desarrollo causal de cualquier acontecimiento, limitación que se podrá ver reforzada en situaciones como las que nos ocupan: supuestos de omisión sin eficacia causal, en los que la producción del resultado dependerá de factores causales en todo caso externos al sujeto.

Por otra parte, el hecho innegable de la dificultad de demostración de este elemento subjetivo de la estructura de la omisión no nos debe hacer dudar ni de su existencia, ni de la posibilidad cierta de su comprobación. No es necesariamente más complicado que la determinación de la disposición subjetiva real del sujeto en los delitos de acción, disposición que en gran parte de los casos podemos conocer únicamente a través de los indicios externos del caso concreto (98).

3. En cuanto a los delitos propios de omisión, en los que el resultado no pertenece al tipo, la situación cambia sólo aparentemente. Aquí no es que no concurra un elemento volitivo, lo que ocurre es que la cara subjetiva de estos supuestos es nuclear. La conducta omisiva supone la realización automática del contenido analizado, por lo que la conciencia lleva consigo la voluntad y la voluntad la conciencia. Ya no hay posibilidad de prolongar la vertiente subjetiva a ulteriores elementos. Lo que no impide que, más allá del tipo de lo injusto, sea posible constatar la existencia de una u otra disposición interna con respecto a un determinado resultado, que en cualquier caso estará relacionado con la constitución de este tipo de figuras delictivas (99).

(97) Sobre el contenido de las distintas clases de dolo, véanse, por ejemplo: CEREZO MIR, José, *Parte General II*, 6.ª ed., ob. cit. n. 3, pp. 146 ss.; y REGIS PRADO, Luiz, *Parte Geral*, 3.ª ed., ob. cit. n. 24, pp. 295 ss.

(98) Sobre la prueba del dolo en el proceso penal véase: RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.

(99) Véase sobre este último aspecto GRACIA MARTÍN, Luis, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en *Modernas*

En definitiva, de esta manera va adquiriendo peso la idea de que las diferencias estructurales entre acción y omisión, si bien son innegables, resultan menos transparentes —e incluso transcendentales (100) (101)— de lo que suele ser la común opinión. El ya centenario planteamiento de

tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, pp. 418 ss.

(100) Al menos desde una perspectiva estrictamente cuantitativa. En la misma dirección apuntan ya los planteamientos de autores como: ARZT, Gunther, «Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt» (1. Teil), *Juristische Arbeitsblätter*, 1980, pp. 553 ss.; VOLK, Klaus, «Nötigung durch Drohung mit Unterlassen», *Juristische Rundschau*, 1981, pp. 275 ss.; el mismo, «Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme», *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1989, pp. 220 ss.; o, con respecto a los delitos imprudentes, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *CDJ 1994*, ob. cit. n. 27, pp. 196 ss. —también publicado en *ADPCP 1994*, ob. cit. n. 27, pp. 38 ss.; y en *Dogmática...*, ob. cit. n. 27, pp. 81 ss.

Como hemos visto, con las innegables peculiaridades de su construcción, la propuesta de Silva Sánchez también se muestra reflejo de esa necesidad de conceder su justa trascendencia a las diferencias estructurales de conductas activas y omisivas; sobre el trabajo de este autor véanse, más arriba, los razonamientos expuestos en las nn. 39 y 45.

(101) Si bien podemos encontrar algún punto en común, con este planteamiento no estamos asumiendo las tesis que, desde la perspectiva de la filosofía analítica del lenguaje, propone Alcácer Guirao. En efecto, como expone Alcácer en uno de sus últimos trabajos «... si el significado de los términos legales ha de determinarse a partir de su función, deviene indudable que los criterios de interpretación deberán venir presididos por su carácter *adscriptivo*...» —véase ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *EP-Ruiz Antón*, ob. cit. n. 26, p. 33 (en cursiva en el original)—. Continuando con su razonamiento, afirma que «... Con ello... no se está negando que los tipos penales posean además un componente descriptivo... pero en estos casos estaremos ante la «descripción de lo adscrito...» —véase ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *EP-Ruiz Antón*, ob. cit. n. 26, p. 33 (entrecomillado en el original)—. Siguiendo esa línea acaba por señalar que «... puede perfectamente concluirse que dos “sucesos” naturales fácticamente distintos tengan el mismo significado, siempre que, en virtud de *un mismo sistema de reglas de interpretación* podamos llegar a asignarles el mismo sentido...» —véase ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *EP-Ruiz Antón*, ob. cit. n. 26, p. 47 (entrecomillado y en cursiva en el original).

Pues bien, sin negar el carácter adscriptivo del lenguaje típico, desde mi perspectiva dicha adscripción se construye en todo caso sobre una descripción y en dicha descripción se habrán de tener en cuenta las diferencias estructurales de los fenómenos objeto de la misma —en este sentido podríamos hablar de «adscripción de lo descrito»—. Ello, evidentemente, no nos obliga a interpretar los tipos de la Parte especial como «tipos prohibitivos de causación» pero tampoco empece a que, admitida la incorporación al ámbito de lo descrito de comportamientos activos y omisivos, sea necesario tener en cuenta sus peculiaridades para llevar a cabo cualquier tipo de adscripción. Por todo ello, las diferencias en el proceso de interpretación —y de adscripción— de los comportamientos activos y omisivos pierden protagonismo únicamente allá donde las diferencias estructurales permitan una interpretación común, como es el caso de los supuestos de causalidad en el marco del acontecer socio-cultural.

Gustav Radbruch debe, por tanto, ser objeto de un proceso de revisión y redimensionamiento. Ello ocurre al menos desde el punto de vista del pensamiento de la causalidad que, lejos de constituir un apoyo a la teoría de las dos orillas, en algunos puntos tiende puentes entre las dos márgenes de la supuesta insalvable fractura. Y es que, como hemos visto, si bien es posible mantener la unidad del concepto de causalidad como categoría del ser, no es menos cierto que las estructuras subyacentes al mismo pueden ser de distinta naturaleza, hecho decisivo a la hora de determinar la existencia de omisiones causales. Y así, hemos comprobado cómo en el marco del acontecer socio-cultural la conducta omisiva puede constituirse en auténtica causa de resultados externos.

No obstante, no seríamos justos si no señaláramos que en las anteriores páginas se ha podido comprobar también cómo la semilla de la revisión de la teoría de las dos orillas se encuentra presente en la propia obra de Radbruch y en concreto en su temprana advertencia de que una contemplación puramente externa de los fenómenos no es satisfactoria desde la perspectiva del Derecho penal.

Como conclusión se abren nuevos horizontes de investigación que habrán de ser objeto de un estudio y desarrollo pormenorizados. Ya podemos anticipar que en este camino, el aspecto fundamental a tener en cuenta en la caracterización de las conductas activas y omisivas habrá de situarse en el distinto modo en que, a través del comportamiento de uno u otro signo, el ser humano se relaciona con el medio social. Será pues necesario construir estructuras diferenciadas para conductas activas y omisivas allá donde sus implicaciones sean diferentes, y en este punto la conclusión de las anteriores páginas es clara: existirán supuestos en los que los tipos delictivos podrán ser los mismos para ambos tipos de conducta.

ABREVIATURAS EMPLEADAS

- A.: *Colección de Jurisprudencia Aranzadi*.
Art./arts.: artículo/s.
ADPCP: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
Aufl.: Auflage.
Bd.: Band.
BGH: Bundesgerichtshof.
CDJ: *Cuadernos de Derecho Judicial*.
Coords.: coordinadores.
CP: Código Penal.
D.: *Colección de Jurisprudencia El Derecho*.
Ed.: edición; eds.: editores.
Ép.: época.
EP: *Estudios penales*; fasc.: fascículo.
FS: *Festschrift*.
Hrsg.: Herausgeber.
LH: *Libro homenaje*.
n./ns.: nota/s.
ob. cit.: obra citada.
p./pp.: página/s.
Rdn.: Randnummer.
RDPC: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a ép.
s./ss.: siguiente/s.
STS: sentencia del Tribunal Supremo español.
vol.: volumen.
ZStW: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.
§: parágrafo/s.

La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español *

MARINA SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH

Profesora de Derecho Penal (Universidad Rey Juan Carlos)

SUMARIO: I. Introducción.–II. La posición de la víctima en el marco del Derecho Internacional: 1. Normativa procedente de Naciones Unidas. 2. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.–III. Normativa de ámbito europeo: 1. Normativa procedente del Consejo de Europa. 2. Normativa procedente de la Unión Europea: 2.1 Los trabajos iniciales del Parlamento y de la Comisión Europea. 2.2 El Estatuto jurídico de la víctima y la asistencia a la víctima en el espacio judicial europeo. La Decisión Marco del Consejo Europeo *sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal*, de 15 de marzo de 2002. 2.3 La cuestión sobre la indemnización a las víctimas en el marco de la Unión Europea: 2.3.1 Los trabajos preparatorios: El libro *Verde sobre la indemnización a las víctimas de delitos* y la Propuesta de Directiva de la Comisión al Consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos. 2.3.2 La Directiva 2004/80 CE del Consejo *sobre indemnización a las víctimas de delitos*, de 29 de abril de 2004. 2.4 El Tratado Constitucional Europeo.–IV. Referencia al Derecho Positivo Español: 1. Sistemas de reparación y asistencia a la víctima: 1.1 Víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual. 1.2 Víctimas de actos terroristas. 1.3 Conclusiones. 2. El estatuto jurídico de la víctima en el Derecho Positivo Español.–V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Históricamente se suelen distinguir tres etapas bien diferenciadas respecto a la posición que ocupa la víctima frente al Derecho:

* Trabajo financiado con el proyecto de investigación «La reforma del Código Penal por LO 15/2003, de 25 de noviembre: armonización con el Derecho Penal internacional en la protección de los intereses supranacionales. Delitos de lesa humanidad y protección del medio ambiente», concedido por la Universidad Rey Juan Carlos.

a) Una primera fase, que se ha denominado *edad de oro de la víctima* (1), se corresponde con el Derecho romano primitivo, el Derecho germánico y, en parte, el Derecho medieval. En épocas remotas, el *ius puniendi* se configura como un derecho privado de la víctima (o de su familia), que es la protagonista absoluta del conflicto penal: fija la sanción y la ejecuta sobre los bienes del infractor. El Derecho penal se concibe como una venganza privada, en la que no interviene la comunidad, ni para reglamentarla, ni para medir su proporcionalidad y adecuación (2).

Pronto se ponen de manifiesto los inconvenientes de este sistema. La frecuente desproporción de la reacción de la víctima y las posibles respuestas en cadena generan una mayor violencia y conflictividad social y hacen necesaria la intervención de la comunidad, como sujeto mediador en el conflicto, para buscar la proporcionalidad entre la ofensa y el castigo. Éste es el sentido que tiene la primitiva Ley del Talión, reconocida en el Código de Hammurabi, el Código de Manú (India), en el Zend-Avesta persa y en la Ley de las XII Tablas, que exige proporcionalidad entre la venganza y la ofensa recibida. Se observa, pues, como la regulación penal surge, en su origen, con el sentido de proteger a quien inicialmente infringió la norma, es decir, al delincuente y no a la víctima, limitando la posibilidad de venganza privada (3).

b) La segunda fase, denominada etapa de *neutralización de la víctima* (4), se produce con el advenimiento del Estado moderno. El

(1) La denominación procede de Schafer: *vid.* SCHAFER, S., *The victim and his criminal: a study in functional responsibility*, New York, 1968.

(2) Sobre el primitivo protagonismo de la víctima en la relación punitiva, cfr. HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología*, Valencia, 2001, pp. 198 y ss.; VARELA CASTRO, L., «Hacia nuevas presencias de la víctima en el proceso», en *La Victimología*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 99 ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La Criminología. Una introducción a sus fundamentos*, Valencia, 2001, pp. 69 ss.; SANGRADOR, J. L., «La victimología y el sistema jurídico penal», en JIMÉNEZ BURILLO, F.; CLEMENTE, M. (comp.), *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986, p. 67; BERISTAIN IPIÑA, A., «Proceso penal y víctimas: pasado, presente y futuro», en *Las víctimas en el proceso penal*, CGPJ, Eusko Jaurlaritza, Vitoria-Gasteiz, 2000, p. 20.

(3) En este sentido, cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Valencia, 1999, pp. 108 ss.

(4) Sobre la *neutralización de la víctima* por el sistema jurídico penal moderno, cfr.: HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, 1984, pp. 89 ss.; HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología*, Valencia, 2001, pp. 198 ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Valencia, 1999, pp. 108 ss.; el mismo, *La Criminología. Una introducción a sus fundamentos*, Valencia, 2001, pp. 69 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., *Victimología*, Valencia, 1990, pp. 22 y ss.; el mismo, *La moderna victimología*, Valencia, 1998, pp. 20-25; HERRERO HERRERO, C., *Criminología*, Madrid, 2001, p. 171; VARELA CASTRO, L., «Hacia nuevas presencias de la

Derecho penal se convierte en Derecho Público y el Estado asume el monopolio de legislar y administrar justicia en materia penal. Desde este momento, Estado y delincuente se convierten en los principales actores en la escena del delito y del procedimiento penal y la víctima queda relegada a un segundo plano. En efecto, en el sistema penal moderno:

– El delito se define como un conflicto entre el infractor y la ley: lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos por el Estado, porque son fundamentales para el desarrollo de la vida social (5). En este esquema la posición de la víctima se reduce a ser sujeto pasivo del delito, esto es, titular del bien jurídico protegido por el tipo penal (6).

– La respuesta al delito es la pena, a la que la dogmática penal atribuye distintas funciones y finalidades: retribución simbólica del mal causado por el delito y la restauración de la Justicia, la prevención general negativa, la prevención especial o la prevención general positiva. La idea de reparación real y efectiva del daño causado a la víctima no se contempla entre las posibles respuestas frente al delito o bien ocupa un papel meramente secundario (7).

víctima en el proceso», en *La Victimología*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 99 ss.; SANGRADOR, J. L., «La victimología y el sistema jurídico penal», en JIMÉNEZ BURILLO, F./ CLEMENTE, M. (comp.), *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986, pp. 89 ss.; BERISTAIN IPIÑA, A., «Proceso penal y víctimas: pasado, presente y futuro», en *Las víctimas en el proceso penal*, CGPJ, Eusko Jaurlaritza, Vitoria-Gasteiz, 2000, p. 20; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J., «Las víctimas: juicio oral y sentencia», en *Las víctimas en el proceso penal*, CGPJ, Eusko Jaurlaritza, Vitoria-Gasteiz, 2000, pp. 91 ss.

(5) Cfr. por todos, MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1982, 2.^a ed., p. 30 ss.

(6) La posición secundaria de la víctima queda reflejada incluso en el plano terminológico. Así, el Código Penal no contiene un concepto de víctima y suele referirse a ésta a través de términos tales como el «ofendido» o el «agraviado», si bien el texto actual ha incorporado el término «víctima» en diversos preceptos (por ejemplo, los arts. 21.5, 22.4, 114, 148.3, 165, entre otros). El texto legal también utiliza el término «perjudicado» (por ejemplo, en el art. 109.2), normalmente en referencia a la responsabilidad civil derivada de delito. La misma divergencia terminológica se observa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(7) Cada vez son más las voces que, desde la Victimología o desde la Dogmática penal, reclaman un mayor protagonismo de la reparación entre las consecuencias jurídicas del delito. La idea de reparación se utiliza en un doble sentido. En un sentido amplio, el término reparación se refiere a los mecanismos de compensación del daño causado a la víctima, fundamentalmente de carácter económico, con independencia del sujeto del que procedan. Esta acepción amplia permite incluir, en el concepto de reparación, los sistemas estatales de indemnización de daños causados a las víctimas de delitos. En una acepción más estricta, el término «reparación» se utiliza para designar aquellas prestaciones realizadas por el responsable del delito, tengan o no contenido pecuniario, dirigidas a reparar el daño inflingido a su víctima. Pues bien, desde distintos sectores doctrinales se ha puesto de manifiesto la conveniencia de integrar la reparación

– El proceso penal se concibe como un instrumento para la imposición de la sanción estatal, en el que se define claramente el estatuto jurídico del inculcado con la finalidad de garantizar sus derechos fundamentales y, en especial, el derecho a la defensa. Por el contrario, la posición de la víctima en el proceso queda desdibujada, desempeñando en la mayor parte de los casos una función meramente testimonial, o bien, en el caso de que manifieste su voluntad de ser parte en el proceso, enfrentada al autor como a su adversario (8).

entre las consecuencias jurídicas del delito, bien porque se estima que debe incidir sobre la pena, afectando a su intensidad —éste es el camino que parece haberse impuesto en las legislaciones positivas de nuestro entorno—, o bien, porque, desde propuestas más radicales, se estima que la reparación debe articularse como una consecuencia jurídica autónoma, configurándose bien como una pena, o bien como una «tercera vía», junto a la pena y a las medidas de seguridad. Este último planteamiento, que parte de la propuesta de Roxin y se refleja en el Proyecto Alternativo de Reparación, supone incorporar la reparación entre los fines de la pena (cfr. ROXIN, C., «Pena y reparación», en *ADPCP*, 1999, pp. 5 ss. En contra del planteamiento de Roxin se han manifestado: TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparació a la víctima en el Dret Penal. Estudi i crítica de les noves tendències político-criminals*, Barcelona, 1994, pp. 141 ss; ALASTUEY DOBÓN, M. C., *La reparació a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia, 2000, pp. 75 ss. A favor de dar entrada a la consideración de la víctima en el sistema penal y a la idea de reparación, pero planteando objeciones al Proyecto Alternativo alemán, cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de reparación», en *ADPCP*, 1996, pp. 130 ss).

Nuestra legislación positiva responde al primer modelo expuesto y toma en cuenta la reparación de cara a graduar la responsabilidad penal del autor, esto es, como circunstancia que afecta a la pena, que sigue siendo la consecuencia jurídica específica del delito. En este aspecto, el Código Penal de 1995 ha supuesto un importante avance: a) el artículo 25.1 recoge, entre las circunstancias atenuantes, «la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral», de forma que la reparación se incluye entre los elementos que deben tomarse en cuenta para la medición de la pena en el caso concreto; b) el artículo 81 recoge entre las condiciones para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad «que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que, el juez o tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al ministerio fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas»; c) el artículo 88 establece como criterio fundamental, que debe tomar en cuenta el juez para decidir sobre la sustitución de las penas privativas de libertad, la conducta del reo y, en particular, «su esfuerzo para reparar el daño causado»; y d) el artículo 91.2 condiciona la posibilidad de adelantar la concesión de la libertad condicional, prevista en el precepto, al requisito de que «el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso» (precepto modificado por LO 7/2003, de 30 de junio).

(8) Cfr. SCHNEIDER, H. J., «La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, p. 379.

– Y, por último, todo el sistema se dirige a la reinserción social del penado, sin tomar en consideración que, en algunas ocasiones, la víctima también puede necesitar ayuda (jurídica, psicológica y socioeconómica) para su resocialización y reinserción social.

En síntesis, el sistema legal se concibe como un mecanismo institucionalizado de resolución de conflictos, que nace con el designio de salvaguardar la paz social y evitar venganzas privadas. Ello se consigue distanciando al infractor de la víctima y sustituyendo su conflicto real con el infractor por un conflicto simbólico entre el delincuente y el Estado (9). Este sistema tiene la indudable ventaja de garantizar una aplicación más objetiva y serena de la Justicia, pero genera consecuencias negativas y perjudiciales para la víctima. Así, como han puesto de relieve los modernos estudios de Victimología, el sistema jurídico penal moderno trae consigo un nuevo proceso de victimización: *la victimización secundaria* (10), que se produce en la relación que entabla la víctima, tras la comisión del delito (*victimización pri-*

(9) La neutralización de la víctima no se produce de forma causal sino que, como indica Hassemer, el Derecho Penal del Estado moderno nace con el deliberado propósito de neutralizar a la víctima, distanciándola del infractor, para pacificar las relaciones sociales (cfr. HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, 1984, pp. 92 ss).

(10) Sobre el concepto de *victimización secundaria*, cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Valencia, 1999, pp. 131 ss.; SANGRADOR, J. L., «La victimología y el sistema jurídico penal», en Jiménez Burillo, F./Clemente, M. (comp.), *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986, p. 72. Por otra parte, la existencia de este proceso de victimización secundaria se reconoce en diversos instrumentos internacionales. Así, a título de ejemplo, es posible mencionar la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios básicos de Justicia para las víctimas del crimen y del abuso de poder* (Resolución 40/34 de la Asamblea General), que afirma que las víctimas de la criminalidad y abuso de poder pueden ser sometidas, además, «a desgracias suplementarias cuando ayudan a la persecución de los delincuentes»; la Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, *sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal*, en la que se afirma que «los objetivos del sistema de justicia penal se expresan tradicionalmente y ante todo en términos de relación entre el Estado y el delincuente; [...] y que, en consecuencia, el funcionamiento del sistema tiende a veces a incrementar y no a disminuir los problemas de la víctima»; o, en el ámbito de las instituciones de la Unión Europea, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «Libro Verde-Indemnización a las víctimas de delitos», de 27 de mayo de 2002, en el que se afirma lo siguiente: «A partir del momento en que el Estado, en el siglo XVIII, asumió el papel de parte compareciente, tomando así el lugar de las víctimas de los delitos en la resolución de la relación conflictiva con el *delincuente*, las personas, los ciudadanos, víctimas de delitos fueron paulatinamente perdiendo su voz propia, siendo ignoradas hasta quedar apartadas del proceso. Este papel del Estado, y el consiguiente apartamiento de las víctimas, ha perjudicado a éstas, produciéndoles sufrimientos, injusticias y perturbaciones en su vida social».

maria), con las instancias de control social (Policía, Jueces, etc.) y comprende todos los perjuicios, materiales, morales y psicológicos, que sufre la víctima como consecuencia de la respuesta legal y social frente al delito (11). Parece demostrado que la víctima de un delito suele convertirse en muchas ocasiones también en víctima del sistema legal y sufre nuevos daños y perjuicios en su relación con los agentes de la autoridad y, sobre todo, en el curso del procedimiento penal (12);

(11) En la literatura científica se afirma la existencia de un tercer nivel de victimización (*victimización terciaria*), en relación con la persona del delincuente. En efecto, se afirma que, en muchos casos, el delincuente también es víctima de una estructura social injusta, que le aboca a la marginación y, después, víctima del sistema penal que, por su lentitud, burocratización y por la forma de ejecutar la pena privativa de libertad, estigmatiza al delincuente, incapacitándole para su retorno a la vida en libertad (cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *La moderna victimología*, Valencia, 1998, pp. 192 ss.; en el mismo sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «El redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada “victimización terciaria”», en *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, núm. XV, Madrid, 1993, p. 313). Sin embargo, el término *victimización terciaria* es un tanto equívoco y se utiliza también en otro sentido, para referirse a las secuelas psicológicas que se producen en la víctima como consecuencia de los procesos de victimización primaria y secundaria, y que comprende la imagen negativa de sí misma que adopta la propia víctima: se autodefine como tal, la condición de víctima se convierte en el elemento central de su personalidad, se siente desamparada, socialmente marginada e, incluso, perseguida (cfr. DÜNKEL, F., «Fundamentos victimológicos generales de la relación entre víctima y autor en Derecho Penal», en *Victimología*, VIII Cursos de Verano en San Sebastián, San Sebastián, 1990, pp. 159-182).

(12) Cfr., por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Valencia, 1999, pp. 131 ss. A tenor de los estudios realizados sobre la relación de la víctima con el sistema legal, el proceso de victimización secundaria se manifiesta en los siguientes rasgos:

- Falta de información sobre los derechos que asisten a la víctima, sobre el curso de las investigaciones y del procedimiento y sobre los mecanismos de ayuda, asistencia y resarcimiento de los daños causados por el delito (cfr. GONZÁLEZ VIDOSA F./MORCILLO MORENO, P., «La Víctima y el proceso penal», en *La Criminología aplicada*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 245).

- Falta de mecanismos institucionalizados de ayuda y asistencia primaria a la víctima y durante el proceso penal (cfr. GONZÁLEZ VIDOSA F./MORCILLO MORENO, P., *op. cit.* p. 245.)

- Durante el curso de las investigaciones, la víctima se siente ignorada e instrumentalizada y, en el proceso penal, queda reducida a la condición de mero espectador o testigo (cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *op. cit.* pp. 131 ss.).

- Actuaciones procesales que intimidan a la víctima o son percibidas por ella como una incomodidad o, incluso, como una verdadera humillación: encuentro y confrontación con el agresor durante el juicio, interrogatorios que intimidan a la víctima o la colocan en la posición de «delincuente» o «provocadora» del delito, determinadas diligencias de reconocimiento a la víctima, sobre todo en los delitos sexuales (cfr. SANGRADOR, J. L., «La victimología y el sistema jurídico penal», en Jiménez

fenómeno que, a mi juicio, se está incrementando, en los últimos tiempos, a raíz de la progresiva presencia de los medios de comunicación en las actuaciones penales, que no sólo repercute sobre la incidencia negativa que el proceso penal tiene sobre el honor del imputado, sino que comienza a afectar al derecho a la intimidad e incluso a la seguridad de la víctima (13).

c) Actualmente, y como consecuencia del impulso de la moderna Victimología, se está produciendo un movimiento de *redescubri-*

Burillo, F./Clemente, M. (comp.), *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986, pp. 70 ss.).

– Ausencia de mecanismos dirigidos a dotar de efectividad el derecho a que se restaure, en la medida de lo posible, el daño y los perjuicios causados por el delito, puesto que, aunque la mayor parte de los sistemas prevean la responsabilidad del delincuente de indemnizar a la víctima, la eventual insolvencia del autor o el hecho de que no resulte identificado o condenado pueden convertir en ilusorias todas esas previsiones (cfr. SCHNEIDER, H. J., «La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal», en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, p. 380).

– Ausencia de mecanismos institucionalizados para la asistencia posterior a la víctima, que faciliten su reinserción social de la víctima, cuando ésta resulte necesaria (cfr. SCHNEIDER, *op. cit.* p. 380).

– Por último, la víctima no se siente apoyada por una sociedad que no responde con solidaridad al daño generado por el delito. Éste se percibe como un problema individual de la víctima al que la sociedad responde con compasión e, incluso, con recelo o desconfianza (cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal», en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, p. 196).

(13) En este sentido, la Recomendación (85) 11 del Consejo de Europa, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985 *sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal*, aconseja a los Estados concienciar a los periodistas de los efectos nocivos sobre la víctima de una publicidad indebida y pone de manifiesto la necesidad de crear normas de conducta profesional en este sentido. Por su parte, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre «Víctimas de delitos en la Unión Europea. Normas y medidas», de 14 de julio de 1999, señala: «Los periodistas y funcionarios judiciales no son siempre conscientes de los problemas que la publicidad de la información personal puede causar a la víctima, y algunos Estados miembros han tomado medidas especiales para proteger la intimidad y la seguridad personal de las víctimas. Cuando la infracción está vinculada con la delincuencia organizada, así como en otras situaciones amenazadoras, la protección de los testigos es crucial para que estén dispuestos a participar en el proceso judicial». Por su parte, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 23 de noviembre de 1995, relativa a *la protección de testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada*, establece directrices y sugiere medidas para que las ejecuten los Estados miembros.

miento de la víctima (14), que pone de manifiesto la necesidad de reconocer el papel que juega la víctima en el conflicto penal, garantizando la efectiva protección de sus derechos (15). Este movimiento se explica y justifica en un determinado marco ideológico, cuyas directrices es preciso esclarecer y que, en líneas generales, se perfila a través de los siguientes rasgos:

Primero.—El sistema jurídico penal en su conjunto se dirige a la prevención del delito, pero no debe olvidar la restauración de la justicia. Bien entendido que justicia no se concibe aquí como retribución de un mal mediante otro mal (castigo), sino como reparación del daño a través de una actuación positiva del infractor y de los poderes públicos. Prevención del delito y Justicia como reparación son los dos pilares que pueden inspirar el sistema jurídico penal. Si el primero sirve a

(14) Sobre el actual redescubrimiento de la víctima, cfr. VARELA CASTRO, L., «Hacia nuevas presencias de la víctima en el proceso», en *La Victimología*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 101 ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Valencia, 1999, pp. 110 ss.; el mismo, «La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal», en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, pp. 193 ss.; SANGRADOR, J. L., «La victimología y el sistema jurídico penal», en Jiménez Burillo, F./Clemente, M. (comp.), *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986, pp. 61 ss.

(15) El fenómeno de *redescubrimiento de la víctima* tiene otras manifestaciones que no van a ser analizadas en el presente trabajo, porque se apartan de su objeto. No se hace referencia a la importancia que la moderna Criminología atribuye a la víctima en la génesis y desarrollo del delito; en efecto, como señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, actualmente se entiende que la condición de víctima o, más bien, el riesgo de llegar a serlo, no es producto del azar, sino de ciertos factores y circunstancias personales o situacionales que convierten a determinadas personas o colectivos en candidatos a la condición de víctimas (riesgo diferencial). Por ello, es necesario detectar y estudiar estos factores de victimización, con el objetivo de prevenir el delito, actuando no sólo sobre el delincuente, sino también sobre la víctima potencial, esto es, creando programas de prevención victimal, en los que se conciencie a estas personas o colectivos de su riesgo diferencial y se les informe de las posibles estrategias para evitar el delito y neutralizar el riesgo (cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Valencia, 1999, pp. 126 ss.). Tampoco se hace referencia a la importancia que actualmente se atribuye a la víctima como fuente alternativa de información sobre el delito; me estoy refiriendo a las encuestas de victimización como un importante instrumento para investigar la *cifra negra* del delito (sobre este tipo de encuestas y su valor como fuente de información alternativa sobre la delincuencia, cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *op. cit.* pp. 244 ss.). Y, por último, tampoco es posible hacer referencia, a los estudios cada vez más numerosos de Victimodogmática en los que se pretende estudiar de qué manera el propio comportamiento de la víctima puede contribuir a la lesión del bien jurídico del que es titular y hasta qué punto esta contribución de la víctima en la génesis del delito puede y debe afectar a la responsabilidad penal/civil del autor.

las necesidades de protección y defensa social (seguridad), el segundo sirve a las necesidades de pacificación de las relaciones y conflictos sociales. Diversos instrumentos internacionales han puesto de manifiesto esta idea, señalando que una de las funciones fundamentales de la justicia penal debe ser la de responder a las necesidades de las víctimas y la de proteger sus intereses, sobre todo si se tiene en cuenta que su cooperación es fundamental para un eficaz desarrollo de la justicia penal (16).

Segundo.—Si el Estado asume la función de prevención del delito, parece que también debe asumir los costes de su propio fracaso en el desempeño de esta función. Lo que justifica la creación y desarrollo de sistemas de reparación de los daños y perjuicios de las víctimas, con cargo a fondos estatales (17). En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo *sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos*, de 12 de septiembre de 1989, fundamenta la obligación estatal de indemnizar a las víctimas de delitos en el hecho de que «los Gobiernos son enteramente responsables en lo que respecta a la observación de la Ley y el orden y, por consiguiente, en lo que respecta a la indemnización». La citada Resolución fundamenta, pues, la obligación estatal de resarcir a la víctima en un *principio de responsabilidad propia*.

Tercero.—El sistema jurídico penal debe responder a las exigencias de solidaridad social con la víctima, lo que puede fundamentarse del siguiente modo: a) las últimas tendencias del pensamiento criminológico parten del postulado de la normalidad del delito y del delincuente, y ponen de manifiesto que el delito no es un accidente individual, producto de la desviación o patología de un determinado sujeto, sino un problema social y comunitario, presente en cualquier tipo de organización social, cuyas consecuencias deben ser asumidas por todo el cuerpo social (18); b) la idea de «Estado social», que exige la intervención

(16) En este sentido, la Recomendación (85) 11 del Consejo de Europa, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, *sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal*, afirma que «una función fundamental de la justicia penal debería ser la de responder a las necesidades de la víctima y la de proteger sus intereses», y añade que «interesa igualmente incrementar la confianza de la víctima en la justicia penal y favorecer su cooperación en calidad de testigo».

(17) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos*, Valencia, 2001, p. 99.

(18) Normalidad del delito entendida no en un sentido axiológico, sino en sentido estadístico o sociológico. Como afirma GARCÍA-PABLOS DE MOLINA «Toda sociedad, cualquiera que sea su modelo de organización y abstracción hecha de las numerosas variables de tiempo y lugar produce una tasa inevitable de crimen. El comportamiento delictivo es una respuesta previsible, típica, esperada: normal» (GARCÍA-

positiva del Estado para satisfacer las necesidades de la víctima y promover su efectiva resocialización. Todo ello justifica que la creación y desarrollo de sistemas de reparación a la víctima se configuren como un beneficio social (19). La Resolución (77), adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de septiembre de 1977, *sobre indemnización a las víctimas de delito*, y la Resolución del Parlamento Europeo *sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos*, de 12 de septiembre de 1989, entre otros instrumentos internacionales, fundamentan, en este sentido, la obligación estatal de reparación a la víctima en un *principio de solidaridad y justicia social*.

Cuarto.—La reincorporación de la perspectiva de la víctima al sistema jurídico penal debe realizarse conservando los logros y garantías que, históricamente, ha aportado la evolución del sistema. Como claramente se señala en la Resolución (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, *sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal*, no cabe entender que las medidas que se adopten para el reconocimiento del papel de la víctima en el sistema penal entren «en conflicto con otros objetivos del Derecho Penal y del proceso penal, tales como el fortalecimiento de las reglas sociales y la reinserción del delincuente, sino que pueden de hecho ayudar a conseguirlo y facilitar la eventual reconciliación entre la víctima y el delincuente» (20).

En sentido contrario, es posible entender que el reconocimiento y respeto de los derechos de las víctimas favorece el cumplimiento de

PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Valencia, 1999, pp. 104-105). A juicio de este autor, es preciso superar el planteamiento que ve en el delito una especie de lacra social, un cuerpo extraño a la organización social producto de la patología de su autor, y enfocarlo como un fenómeno que acompaña de forma inevitable a cualquier tipo de organización humana y tiene sus raíces en los procesos y conflictos inherentes a la sociedad.

(19) Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos*, Valencia, 2001, p. 95.

(20) Importa destacar esto, porque, como ha señalado GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, el actual redescubrimiento de la víctima puede conducir a lecturas erróneas, anacrónicas, antigarantistas o mercantilistas, sobre su sentido y pretensiones. Así, a juicio del citado autor, no cabe entender que el renovado protagonismo de la víctima implique un retorno a tiempos pasados en los que la Justicia se identifica con la represalia o venganza privada; tampoco cabe contraponer los derechos de la víctima con los derechos del infractor, de forma que la defensa de los intereses de la víctima se consiga en detrimento de las garantías del infractor; ni, por último, cabe identificar las legítimas expectativas de la víctima de forma primordial y exclusiva con pretensiones de carácter económico y monetario (cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos*, Valencia, 2001, p. 72).

gran parte de los fines que tiene asignados el sistema jurídico penal, tales como:

– La pacificación de las relaciones sociales, en la medida en que la justicia se configura como reparación y no como vindicación, y el proceso se orienta no sólo a la imposición de la sanción estatal, sino también a procurar un mayor acercamiento entre el infractor y la víctima.

– La prevención general positiva: un sistema que atiende a sus víctimas refuerza la confianza del ciudadano en la validez del Derecho.

– La prevención del delito a través de la actuación sobre las víctimas reales y potenciales.

Por todo ello, no cabe contraponer los derechos de las víctimas con los derechos del infractor, ni la protección de las víctimas con otros fines tradicionales del sistema penal. Semejante lectura del fenómeno de redescubrimiento de la víctima es, a mi juicio, completamente errónea y, en lugar de generar un progreso, supone un retorno a planteamientos que ya deberían estar superados.

Este planteamiento ideológico constituye el germen de un nuevo paradigma penal que, como ha señalado algún autor (21), incorpora, a la estructura tradicional del sistema, la perspectiva de la víctima y la idea de reparación como uno de sus fines, de forma que la relación punitiva se edifica sobre tres pilares básicos:

– El delincuente, a quien deben garantizarse sus derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos.

– La víctima, que es el otro protagonista del conflicto, a quien también es preciso reconocer y garantizar sus derechos.

– El Estado, cuya función es prevenir el delito como medio de protección de los derechos e intereses de todos los ciudadanos y mediar en el conflicto, una vez que éste ya se ha producido, para garantizar que se respeten y preserven los derechos de las partes (delincuente y víctima) y de todo el cuerpo social.

Este nuevo paradigma puede reportar importantes ventajas de cara a conseguir un sistema de justicia penal más humano y, por ello, más fácilmente comprensible por el ciudadano cuya conducta pretende orientar.

(21) Cfr. BERISTAÍN IPIÑA, A., *Victimología. Nueve palabras clave*, Valencia, 2000, p. 153.

Pues bien, en el transcurso de los últimos años, el movimiento de redescubrimiento de la víctima ha tenido su reflejo en el plano del Derecho positivo y se ha traducido en importantes manifestaciones normativas que, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito interno de muchos Estados, arbitran toda una serie de medidas de protección a las víctimas, dirigidas a favorecer su acceso a la Justicia y a garantizar el reconocimiento y la efectiva protección de sus derechos. Tales medidas abordan distintos aspectos y necesidades de la víctima y del propio sistema que pueden agruparse en los siguientes bloques:

a) Determinación del *Estatuto jurídico de la víctima*, en el que se reconoce su papel en el sistema jurídico penal, clarificando sus derechos y las obligaciones que los distintos agentes de control social tienen respecto a ella durante las actuaciones penales.

b) Medidas dirigidas a lograr una efectiva *reparación del daño causado* por el delito, de carácter económico o de otra índole, a cargo del infractor o de los órganos estatales.

c) Y, por último, medidas dirigidas a favorecer una efectiva *resocialización de la víctima*, cuando ésta resulte necesaria, a través de mecanismos de ayuda y asistencia social.

En lo que sigue, se analizarán los principales instrumentos normativos que están orientados a restaurar el papel de la víctima dentro del sistema de justicia penal, centrándonos en aquellos que emanan de Organismos internacionales y con especial atención a los de ámbito europeo, para concluir con una breve referencia al Derecho positivo español. El estudio se limitará a la normativa que afecta a las víctimas en general, prescindiendo de la abundante legislación existente, nacional e internacional, relativa a los derechos e intereses de ciertos colectivos de víctimas (víctimas del maltrato doméstico, víctimas especialmente vulnerables, víctimas del terrorismo y de la delincuencia organizada), que presentan una problemática específica, cuyo análisis exigiría un estudio independiente.

II. LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. Normativa procedente de Naciones Unidas

En el marco de las Naciones Unidas, la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder*, aprobada por la Asamblea General, el 29 de noviembre

de 1985 (Resolución 40/34 de la Asamblea General) (22), recomienda la adopción de medidas nacionales e internacionales para facilitar y hacer efectivo el reconocimiento y respeto universal de los derechos de las víctimas de delitos y del abuso de poder. El texto define el concepto de víctima, así como los requisitos para el reconocimiento de esta condición, y establece sus derechos más fundamentales.

A) En los artículos 1 a 3 de la Declaración se recoge una *definición* de «víctima», distinguiendo entre dos clases fundamentales de víctimas: las directas y las indirectas, y se establecen los *requisitos* para el reconocimiento de sus derechos. En efecto:

a) El artículo 1 (23) define el concepto de «víctima directa» como aquellas *personas* que, de forma individual o colectiva, *hayan sufrido lesión en sus derechos* como consecuencia de *un comportamiento que constituya delito* según la legislación penal vigente en los Estados miembros. La definición propuesta se caracteriza por dos rasgos fundamentales:

Primero.—parece que el precepto restringe el concepto de víctima a las personas físicas, si bien no sólo incluye los supuestos de lesión de derechos de titularidad individual, sino también supuestos de lesión de derechos de titularidad colectiva (24). En cualquier caso, el concepto de «víctima» contenido en la Declaración se aparta del concepto jurídico penal, que identifica la «víctima» con el «sujeto pasivo» del delito (25), es decir, con el titular del bien jurídico protegido en el tipo

(22) La Declaración emana de las deliberaciones del VII Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y para el tratamiento del delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985. El 29 de noviembre de ese mismo año, la Asamblea General adoptó el texto recomendado por el Congreso en los términos que constituye la Resolución 40/34.

(23) El precepto dispone lo siguiente: «Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder».

(24) En este sentido hay que destacar que la Declaración incluye entre los posibles daños resarcibles los causados al medio ambiente, cuyo resarcimiento comprende, a tenor de lo dispuesto en su artículo 10, «la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de la comunidad».

(25) El concepto jurídico penal de víctima no coincide con el concepto victimológico, siendo este último el que ha quedado plasmado en los instrumentos internacionales a los que se está haciendo referencia (cfr. en este sentido TAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho Penal*, Madrid, 1998, pp. 149 ss).

y, en consecuencia, permite atribuir esa condición no sólo a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas, la sociedad o, incluso, al Estado.

Segundo.—respecto a las posibles lesiones que determinan la condición de víctima, el texto de la Declaración es muy amplio e incluye «lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales», siempre y cuando éstos tengan su origen en «acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros». Con esta previsión se entabla una estrecha conexión entre el concepto de víctima y el concepto de infracción penal, exigiéndose que el daño tenga su origen en un hecho que constituya delito. Tal requisito, recogido en todos los instrumentos internacionales y nacionales que prevén medidas de reparación a las víctimas, plantea dos interrogantes.

Por un lado, la referencia a la legislación penal vigente en los Estados miembros lleva a preguntar cuál es la normativa que ha de servir de referencia para determinar las conductas que constituyen delito, a los efectos de la determinación del estatus de víctima: ¿la legislación del Estado de comisión del delito?, ¿la legislación de nacionalidad de la víctima?, o ¿la legislación de cualquiera de los Estados miembros? En ese aspecto pueden producirse importantes divergencias entre las distintas legislaciones que aconsejarían una mayor precisión en la determinación de la legislación aplicable (26).

Por otro lado, el término «infracción penal» o «delito» puede interpretarse, en principio, como hecho típico, como hecho típico y antijurídico o como hecho típico, antijurídico, realizado por un autor culpable. Parece que lo dispuesto en el propio artículo 2 de la Declaración en relación con el enjuiciamiento del autor puede inclinar la balanza a favor de prescindir, al menos, del elemento culpabilidad (27).

(26) Dentro de los daños que atribuyen la condición de víctima se incluye «el menoscabo sustancial de los derechos fundamentales», y es en este aspecto donde pueden producirse las mayores divergencias. No obstante, este problema se atenúa en atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Declaración que permite considerar como víctima de abuso de poder a las víctimas que hayan sufrido daños, lesiones o menoscabo de sus derechos fundamentales *como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del Derecho Penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos*.

(27) El artículo 2 de la Declaración desvincula el reconocimiento de los derechos de la víctima del hecho de que el autor haya sido o no identificado, juzgado o condenado.

b) El artículo 2 amplía el concepto de víctima a las *víctimas indirectas*: familiares y personas que ayudan a la víctima o previenen la victimización, al disponer: «En la expresión “víctima” se incluyen, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización». También en este sentido, el concepto de víctima propuesto se aparta del concepto jurídico penal y resulta, en este caso, más amplio, puesto que permite incluir a los familiares de la víctima, que sufren daños y perjuicios, materiales y morales, como consecuencia del delito, y a los «buenos samaritanos» o personas que sufren daño al ayudar a la víctima o al prevenir su victimización. Por el contrario, la Declaración no incluye, entre las posibles víctimas indirectas, a los denominados «transeúntes», es decir, personas que de forma ocasional resultan afectadas por el delito.

c) Para dotar de efectividad a la protección de la víctima, la Declaración establece dos requisitos de carácter negativo. Por una parte, se desvincula el reconocimiento de sus derechos del hecho de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor, y de la relación familiar entre éste y la víctima (art. 2). Por otra parte, se establece el principio de no discriminación al disponer en su artículo 3: «Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas, sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social o impedimento físico».

B) Los *derechos* que la Declaración reconoce a las víctimas se pueden agrupar en los siguientes bloques:

a) *Derecho de acceso a la Justicia y a un tratamiento adecuado a la dignidad de la persona*, que se desglosa en los siguientes aspectos:

– Derecho a ser tratada con compasión y respeto a su dignidad (art. 4).

– Derecho al acceso a los mecanismos de Justicia (art. 4).

– Derecho a obtener la reparación del daño que hayan sufrido, mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles (arts. 4 y 5).

– Derecho a la información, que afecta al papel de la víctima en el proceso; al alcance, desarrollo cronológico y marcha de las actuaciones; a la decisión de sus causas y a su derecho a la reparación del daño y a los mecanismos para obtenerla [arts. 5 y 6.a)].

– Derecho a que el procedimiento judicial y administrativo se ajuste a las necesidades de la víctima: permitiendo que sus opiniones sean presentadas en el momento adecuado de las actuaciones [(art. 6.b)]; prestando asistencia a la víctima durante el curso del proceso judicial [art. 6.c)]; adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad y garantizar su seguridad, la de sus familiares y testigos a su favor [art. 6.d)]; evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos que conceden indemnizaciones a las víctimas [art. 6.e)].

b) Derecho al resarcimiento por el daño causado (arts. 8 a 13), que se regula en los siguientes términos:

– El contenido de tal derecho comprende los siguientes conceptos: la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos (art. 8). En el caso de que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento comprenderá, en la medida de lo posible: la rehabilitación del medio, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando estos daños causen la disgregación de la comunidad (art. 10).

– La obligación de resarcir recae, en primer término, sobre el delincuente o los terceros responsables de su conducta (art. 8), salvo que se trate de funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial y que hayan vulnerado la legislación penal nacional, en cuyo caso, la obligación de resarcir recae directamente sobre el Estado cuyo funcionario o agente haya sido responsable del daño (art. 11). En el caso de que la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes no sea suficiente, los Estados procurarán indemnizar financieramente a las víctimas o a sus familias (art. 12), a cuyo efecto se fomentará el establecimiento, reforzamiento y ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas (art. 13). La Declaración no aclara cuál es el Estado que tiene la obligación de resarcir (Estado del territorio de la comisión del delito, Estado de la nacionalidad del delincuente o Estado de la nacionalidad de la víctima), con lo que la cuestión queda al arbitrio de lo que establezca la legislación interna de los Estados miembros. Sin embargo, el artículo 13 de la Declaración, al prever la necesaria creación de fondos nacionales para la indemnización de las víctimas, establece la posibilidad de crear otros fondos de indemnización, *especialmente en los casos en que el Estado de nacionalidad*

de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido (28).

– Se obliga a los Estados a revisar sus Leyes, de forma que el resarcimiento se contemple como una sentencia posible, en los casos penales, además de otras sanciones penales (art. 9).

c) *Derecho a la asistencia social* (arts. 14 a 17), que comprende asistencia material, médica, psicológica y social necesaria, a cargo de medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos (art. 14), de cuya existencia y mecanismos de acceso se informará a la víctima (art. 15), con especial atención a las víctimas que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o por razón de circunstancias previstas en el artículo 3, relativas a la raza, color, sexo... (art. 17).

Por otro lado, se recomienda a los Estados proporcionar una formación adecuada al personal que entra en contacto con la víctima (personal de la policía, justicia, salud, servicios sociales, etc.), que lo haga receptivo a sus necesidades, así como establecer directrices en su actuación que garanticen una asistencia apropiada y rápida (art. 16).

Por último, la Declaración subraya la necesidad de adoptar medidas para prevenir los hechos que constituyen abuso de poder y para facilitar recursos a las víctimas de estos hechos. Así, en los artículos 18 a 21 de la Declaración se define el concepto de víctimas del abuso de poder [art. 18 (29)] y se prevé la posibilidad de que los Estados incorporen a su legislación una normativa que proscriba el abuso de poder y proporcione remedios a sus víctimas (art. 19) y negocien tratados multilaterales relativos a las víctimas del abuso de poder (art. 20) (30).

(28) No obstante, la mayor parte de los instrumentos nacionales e internacionales, que establecen indemnizaciones a favor de las víctimas, atribuyen la obligación de indemnizar al Estado del territorio de comisión del delito, si bien con carácter subsidiario, algunos Estados prevén indemnizaciones a favor de sus nacionales, cuando éstos no hayan sido indemnizados por el Estado de comisión.

(29) El citado precepto define las víctimas del abuso de poder en los siguientes términos: «Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del Derecho Penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos».

(30) También hay que citar la Convención de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984, *sobre la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Instrumento de ratificación de 19 de octubre de 1987, «BOE» núm. 268, de 9 de noviembre de 1987), que contiene dos importantes disposi-

2. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 (Instrumento de ratificación de 19 de octubre de 2000, «BOE» núm. 126 de 27 de mayo de 2002), contiene una serie de previsiones sobre la posición de la víctima en los procesos que se sustancian ante la Corte, posteriormente desarrolladas en la Sección III de las «Reglas de procedimiento y prueba» (31). Estas disposiciones afectan a los siguientes aspectos: A) el concepto de víctima; B) la participación de aquéllas en las actuaciones; C) la protección de las víctimas y los testigos durante el proceso; y D) la reparación a las víctimas.

A continuación, se analizará detalladamente la regulación contenida en estas dos normas, no sin antes destacar que, a través de ellas, se incorporan dos importantes novedades relativas al papel que desempeña la víctima en los procesos ante Tribunales Penales Internacionales.

Así, por primera vez en la historia de los Tribunales Penales Internacionales, el Estatuto de Roma otorga a la víctima la posibilidad de presentar demandas de reparación y atribuye a la Corte la facultad de condenar directamente a un individuo a la reparación de los daños causados a otro individuo.

Por otra parte, y también por primera vez en la historia, se reconoce a la víctima la posibilidad de actuar como tal en el proceso, a diferencia de la posición meramente testifical que, tradicionalmente, desempeñaba en los Tribunales *ad hoc* de la ex Yugoslavia o Ruanda. No obstante, el Estatuto de Roma no concede acción a la víctima para iniciar el proceso, e iniciado éste, no le confiere la condición de parte. Por ello, y pese al importante avance que suponen estas dos medidas, hay que reconocer que, en el ámbito de la justicia penal internacional, no se ha llegado hasta el final en el reconocimiento a la víctima de la condición de sujeto de derechos durante el proceso.

A) El Estatuto de Roma no recoge una *definición de víctima* que, sin embargo, sí está prevista en la regla 85 de las «Reglas de procedimiento y prueba» para la aplicación del Estatuto. En efecto, la citada

ciones relativas a las víctimas de esta clase de delitos. Así el artículo 13 prevé el derecho de las víctimas de tortura de presentar una queja ante las autoridades competentes y el artículo 14 obliga a todos los Estados a prever sistemas de indemnización y a procurar medios para la rehabilitación social de estas víctimas.

(31) Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000). Las «Reglas de procedimiento y prueba» constituyen un instrumento para la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, al cual está subordinado.

regla dispone: «Para los fines del Estatuto y de las Reglas de procedimiento y prueba: a) por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; b) por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios».

A diferencia del concepto de víctima propuesto en la Declaración de Naciones Unidas, las «Reglas de procedimiento y prueba» para la aplicación del Estatuto de Roma permiten incluir, dentro de este término, no sólo a personas físicas sino también a organizaciones e instituciones, y no sólo toman en cuenta lesiones de carácter personal, materiales o psicológicas, a los efectos de atribuir la condición de víctima, sino que incluyen daños de carácter material causados en bienes pertenecientes a esas organizaciones e instituciones.

Por otro lado, la regla 86 atribuye de forma implícita a la víctima la condición de sujeto de derechos durante el proceso, al establecer, como principio general en la actuación de todos los órganos de la Corte, que éstos ejercerán sus funciones teniendo en cuenta las necesidades de las víctimas y testigos, en especial de los niños, personas de edad, personas con discapacidad y las víctimas de violencia sexual o de género.

B) Respecto a la *participación de las víctimas* durante las actuaciones, el Estatuto de Roma introduce la importante novedad de la posible intervención autónoma de la víctima, si bien, como se indicó al comienzo, no llega a concederle acción para iniciar el proceso, e iniciado éste, no le atribuye la condición de parte. Por el contrario, la participación de la víctima se canaliza a través de la figura del Fiscal, que es el órgano encargado de dirigir la investigación, iniciar el proceso e impulsar el procedimiento, encauzando las peticiones de los Estados, de los órganos de las Naciones Unidas, organizaciones gubernamentales o no gubernamentales o, por último, los particulares.

Pues bien, dentro de estos límites, las posibilidades de actuación de la víctima son las siguientes:

a) En virtud de lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de Roma, pueden transmitir información al Fiscal acerca de un crimen que sea competencia de la Corte, con la finalidad de que aquél inicie una investigación sobre los hechos. El Fiscal analizará la veracidad de la información (art. 15.2) y, si estima que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de

autorización para ello. En este caso, las víctimas podrán presentar a la Sala las observaciones que estimen pertinentes (art. 15.3).

Si, por el contrario, el Fiscal considera que la información presentada no constituye fundamento suficiente para iniciar la investigación, sólo tiene el deber de informar de ello a quienes la hubieren presentado (art. 15.6). Frente a la decisión del Fiscal, o frente a la negativa de la Sala de autorizar la investigación, la víctima no tiene posibilidad de presentar observaciones ni puede plantear recurso.

b) Durante el juicio, el artículo 68.3 del Estatuto dispone que la Corte permitirá que se presenten y tomen en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas, siempre que se vean afectados sus intereses, y de forma que ello no redunde en perjuicio de los derechos del acusado, de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. La decisión sobre la pertinencia de la intervención de la víctima corresponde a la Sala, que determinará la forma y las actuaciones en que resulta procedente su participación, pudiendo comprender la formulación de alegatos iniciales y finales (regla 89.3) (32).

c) Las víctimas podrán intervenir en las actuaciones a través de un representante legal (33), cuyas funciones son las siguientes:

1. Estará autorizado para asistir a las actuaciones y podrá participar en ellas en los términos establecidos en la decisión que dicte la

(32) El procedimiento para intervenir en las actuaciones queda establecido en las Reglas de procedimiento y prueba, en los siguientes términos:

1. Las víctimas que deseen presentar observaciones o formular sus opiniones deberán presentar una solicitud escrita al Secretario, que la transmitirá a la Sala que corresponda, remitiendo copia al Fiscal y a la defensa para que, en el plazo que fije la propia Sala, respondan lo que estimen procedente (regla 89.1).

2. Si la Sala rechaza la solicitud (porque considera que no ha sido presentada por una «víctima», en los términos establecidos en el Estatuto, o porque no están afectados sus intereses personales, o porque puede perjudicar los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial, o resultar incompatible con éstos), no cabe recurso, pero la solicitud podrá ser reiterada en una etapa ulterior de las actuaciones (regla 89.2).

(33) Cuando haya más de una víctima, y con el fin de asegurar la eficacia del procedimiento, la Sala podrá pedir a todas las víctimas o a ciertos grupos de ellas que nombren uno o más representantes comunes. Si las víctimas no pudieren elegir un representante común, dentro del plazo fijado por la Sala, ésta podrá pedir al Secretario que lo haga. En este caso, la Sala y la Secretaría tomarán las medidas necesarias para asegurar que, en la selección de los representantes comunes, queden garantizados los distintos intereses de las víctimas, evitando conflictos de intereses entre ellas. Por otro lado, si la víctima o el grupo de víctimas carecen de medios necesarios para pagar el representante legal común designado por la Corte, podrán recibir asistencia de la Secretaría, incluida la asistencia financiera (regla 90).

Sala, salvo que, por las circunstancias del caso, ésta estime que la intervención del representante legal debe limitarse a presentar por escrito sus observaciones. El Fiscal y la defensa podrán responder a las observaciones que, verbalmente o por escrito, realice el representante de las víctimas (regla 91).

2. El representante legal podrá interrogar a testigos, previa solicitud a la Sala, que tomará su decisión teniendo en cuenta la etapa en que se encuentre el procedimiento, los derechos del acusado, los intereses de los testigos, la necesidad de un juicio justo e imparcial y la necesidad de hacer efectiva la participación de la víctima en el proceso. En esta decisión, la Sala podrá incluir instrucciones sobre la forma u orden en que se harán las preguntas o se presentarán documentos (regla 91).

d) A los efectos de su posible participación en el proceso, las víctimas deberán recibir notificación de los siguientes extremos:

1. La decisión del Fiscal de no abrir una investigación o de no proceder al enjuiciamiento, adoptada de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del Estatuto.

2. La decisión de la Corte de celebrar una audiencia para confirmar los cargos, adoptada de conformidad con lo previsto en el artículo 61 del Estatuto.

3. La decisión de la Sala sobre la pertinencia de la participación de la víctima en las actuaciones y, en relación con ello, se notificará de las actuaciones de la Corte, con inclusión de la fecha de las audiencias o su aplazamiento y la fecha en que se emitirá el fallo y de las peticiones escritas, solicitudes y otros documentos relacionadas con su intervención.

4. Las decisiones que adopte la Corte en las actuaciones en las que haya intervenido la víctima o su representante legal. Estas notificaciones se realizarán por escrito y, si ello no es posible, en cualquier otra forma que resulte adecuada (regla 92).

C) En relación con la *protección de las víctimas y testigos* durante el proceso y en el curso de las investigaciones:

a) El artículo 43.6 del Estatuto prevé la creación de una «Dependencia de Víctimas y Testigos» en el seno de la Secretaría de la Corte, cuya función es la protección, asesoramiento y asistencia a las víctimas y los testigos que comparezcan ante la Corte y todas aquellas personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado. Este órgano, que actúa en consulta con el Fiscal, contará con personal

especializado para atender a las víctimas de traumas, incluidos los relacionados con los delitos de violencia sexual (34).

b) El artículo 68.1 establece que la Corte, y en especial el Fiscal en el curso de la investigación y enjuiciamiento, adoptarán las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. En la adopción de estas medidas, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, tales como la edad y el género de la víctima o la índole del crimen, pudiendo recabar asesoramiento de la «Dependencia de Víctimas y Testigos», acerca de las medidas adecuadas de protección y los dispositivos de seguridad, asesoramiento y asistencia a los que se refiere el artículo 43.6 del Estatuto.

c) El párrafo 2 del artículo 68 del Estatuto prevé una excepción al carácter público de las audiencias, al disponer que las Salas de la Corte, con la finalidad de proteger a víctimas, testigos o a algún acusado podrán decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. Esta medida se aplicará, como regla, en los casos de víctimas de agresión sexual o víctimas menores de edad, salvo que la Corte, atendiendo a todas las circunstancias del caso y, en especial, a la opinión de la víctima o testigo, adopte una decisión en sentido contrario. Por su parte, las reglas 87 y 88 de las Reglas de procedimiento y prueba para la aplicación del Estatuto de Roma establecen el procedimiento para la adopción de las medidas de protección previstas en los párrafos 1 y 2 del artículo 68, recogiendo la posibilidad de que sea el testigo, la propia víctima o su representante legal quienes soliciten la adopción de las mismas.

d) El artículo 68.5 permite al Fiscal no presentar determinadas pruebas o información, sustituyéndolas por un resumen, en el caso de que la divulgación de esa información o la presentación de esa prueba, realizada de conformidad con las reglas generales previstas en el Estatuto, entrañe un peligro grave para la seguridad de un testigo o de su familia.

e) Por último, el párrafo 6 del artículo 68 confiere a los Estados la facultad de solicitar la adopción de las medidas necesarias para la protección de sus funcionarios o sus agentes, así como las medidas previstas en el artículo 72 para la protección de información de carácter confidencial o restringido.

(34) Las funciones y obligaciones del Secretario y de la Dependencia de Víctimas y Testigos están desarrolladas en las reglas 16 a 19 de las Reglas de procedimiento y prueba.

El Estatuto busca la compatibilidad entre las medidas de protección a las víctimas y los derechos y garantías del procesado al establecer, en su artículo 68.1, que las medidas adoptadas «no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos».

D) Por último, y en relación con la *reparación a las víctimas*, el Estatuto de Roma y las Reglas de procedimiento y prueba, contienen las siguientes disposiciones:

a) El Estatuto de Roma atribuye a la Corte Penal Internacional el poder de ordenar a un individuo la reparación de daños causados a otro individuo. Así, en su artículo 75.1 dispone que: «La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes». Sobre esta base, la Corte puede determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas y perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes. Asimismo, y según establece el artículo 75.2, la Corte puede dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación.

b) La Corte adoptará su decisión sobre la reparación a las víctimas, previa solicitud de éstas, o bien, en casos excepcionales, actuando de oficio (art. 75.1 del Estatuto), y tomando en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas u otras personas o Estados que tengan interés legítimo (art. 75.3 del Estatuto). El procedimiento y los requisitos para presentar la solicitud de reparación queda determinado en la regla 94 de las Reglas de procedimiento y prueba (35) y el procedimiento para los supuestos en que la Corte actúa de oficio se

(35) La regla 94 dispone lo siguiente: «1. La solicitud de reparación que presente una víctima con arreglo al artículo 75 se hará por escrito e incluirá los pormenores siguientes: a) la identidad y dirección del solicitante; b) una descripción de la lesión o los daños o perjuicios; c) el lugar y la fecha en que haya ocurrido el incidente y, en la medida de lo posible, la identidad de la persona o personas a que la víctima atribuye responsabilidad por lesión o los daños y perjuicios; d) cuando se pida la restitución de bienes, propiedades u otros objetos tangibles, una descripción de ellos; e) la indemnización que se pida; f) la rehabilitación o reparación de otra índole que se pida; g) en la medida de lo posible, la documentación justificativa que corresponda, con inclusión del nombre y la dirección de testigos. 2. Al comenzar el juicio, y con sujeción a las medidas de protección que estén vigentes, la Corte pedirá al Secretario que notifique la solicitud a la persona o personas identificadas en ella o en los cargos y, en la medida de lo posible, a la persona o a los Estados interesados. Los notificados podrán presentar al Secretario sus observaciones con arreglo al párrafo 3 del artículo 75».

desarrolla en la regla 95, que prevé la necesaria notificación a las víctimas, personas y Estados interesados, así como a la persona o personas contra las cuales se está considerando la posibilidad de tomar una decisión, para que puedan presentar sus observaciones. En este caso, si la víctima decide presentar solicitud de reparación, ésta se tramita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94, pero si, por el contrario, una de las víctimas pide que la Corte no ordene reparación, ésta no ordenará una reparación individual a su favor (regla 95).

c) Respecto al contenido de la reparación, la Corte podrá conceder una reparación individual, una reparación colectiva o ambas (regla 97), a cuyo efecto podrá designar peritos para que le presten asistencia para determinar el alcance y magnitud de los daños, así como sobre las posibles formas y modalidades de reparación que proceden, invitando a las víctimas o a sus representantes, al condenado y a las personas o Estados interesados para que formulen observaciones sobre el informe de los peritos (regla 97).

La orden de reparación individual será dictada directamente contra el condenado (art. 75.2 del Estatuto y regla 98.1), si bien, cuando el número de víctimas y el alcance, las formas y las modalidades de la reparación lo hagan aconsejable, la Corte podrá decretar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario, cuya creación está prevista en el artículo 79 del Estatuto (art. 75.2 del Estatuto y regla 98). La Corte podrá ordenar que el monto de una reparación sea pagado por conducto del Fondo Fiduciario a una organización intergubernamental, internacional o nacional aprobada por éste.

d) Por último, y con la finalidad de hacer efectiva la reparación, el artículo 75.4 prevé la posibilidad de que la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable, pueda solicitar la adopción de medidas de aseguramiento de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 93 (36).

(36) En el artículo 93.1 del Estatuto se prevén toda una serie de medidas de cooperación de los Estados partes con la Corte. El precepto dispone lo siguiente: «Los Estados partes, de conformidad con lo dispuesto en la presente parte y con los procedimientos de su Derecho interno, deberán cumplir las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte en relación con investigaciones o enjuiciamientos penales a fin de: a) identificar y buscar personas u objetos; b) practicar pruebas, incluidos los testimonios bajo juramento, y presentar pruebas, incluidos los dictámenes e informes periciales que requiera la Corte; c) interrogar a una persona objeto de investigación o enjuiciamiento; d) notificar documentos, inclusive los documentos judiciales; e) facilitar la comparecencia voluntaria ante la Corte de testigos o expertos; f) proceder al traslado provisional de personas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 7; g) realizar inspecciones oculares, inclusive la exhumación y el examen de

III. NORMATIVA DE ÁMBITO EUROPEO

En el ámbito europeo, la preocupación por las víctimas de delitos es anterior. En efecto, desde finales de los años setenta, en el marco del Consejo de Europa, y desde comienzos de los años ochenta, en el ámbito de la Unión Europea, se hace patente la necesidad de rescatar a la víctima del olvido y prevenir la victimización secundaria. Esta preocupación se refleja en diversos instrumentos que, de forma paulatina, van perfilando los problemas a abordar para mejorar la situación de la víctima y que, con el decurso del tiempo, van a convertirse en los objetivos de una política europea de protección de los derechos e intereses de las víctimas, cuya finalidad es garantizar un efectivo acceso de todos los ciudadanos a la Justicia.

Pues bien, las líneas maestras de esta política europea son fundamentalmente tres:

a) Necesidad de definir un Estatuto jurídico de la víctima durante las actuaciones dirigidas al esclarecimiento del delito y durante el proceso penal, en el que se reconozca su posición en el proceso y se garantice la salvaguarda de sus derechos e intereses.

b) Necesidad de instrumentar mecanismos de asistencia social a las víctimas de delitos, que cubran sus necesidades y estén dirigidos a paliar los efectos negativos del delito y evitar la victimización secundaria.

c) Y, por último, necesidad de instrumentar mecanismos satisfactorios para el resarcimiento e indemnización a las víctimas de delitos, con la finalidad de restaurar, en la medida de lo posible, la situación en que se encontraba la víctima antes de la comisión del delito.

1. La normativa procedente del Consejo de Europa

En el marco del Consejo de Europa es posible encontrar diversos instrumentos que abordan la situación de la víctima de delito, en rela-

cadáveres y fosas comunes; h) practicar allanamientos y decomisos; i) transmitir registros y documentos, inclusive registros y documentos oficiales; j) proteger a víctimas y testigos y preservar pruebas; k) identificar, determinar el paradero o inmovilizar el producto y los bienes y haberes obtenidos del crimen y de los instrumentos del crimen, o incautarse de ellos, con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe; y l) cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de la competencia de la Corte».

ción con las cuestiones que se acaban de citar. Entre estos instrumentos hay que destacar los siguientes:

A) La Resolución (77) 27, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de septiembre de 1977, *sobre indemnización a las víctimas del delito*, aborda, por primera vez, la cuestión del resarcimiento e indemnización a las víctimas de delitos y, como se ha indicado, fundamenta la obligación estatal de resarcir en el *principio de solidaridad*.

B) Esta Resolución es el precedente del Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1983, *sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos*, que suscriben años más tarde los Estados miembros del Consejo de Europa. En la actualidad, el Convenio ya ha sido firmado por veinte Estados (37), quince de los cuales lo han ratificado, con la consiguiente entrada en vigor (38). España ratificó el Convenio mediante Instrumento de ratificación publicado en el «BOE» de 29 de diciembre de 2001, con una entrada en vigor prevista para el 2 de febrero de 2002.

En las consideraciones preliminares del Convenio, los Estados signatarios manifiestan que las más elementales razones de solidaridad y equidad obligan a ocuparse de la situación de las personas víctimas de delitos, estableciendo como objetivo introducir o desarrollar sistemas de indemnización a las víctimas del delito a cargo del Estado y establecer sus disposiciones mínimas. Los principios fundamentales del régimen que establece este instrumento son los siguientes:

a) *Beneficiarias* del derecho a indemnización son *las personas* que hubieran sufrido *lesiones graves o daños en su salud* como consecuencia de un *delito intencional violento* (víctimas directas) o, en caso de fallecimiento de la víctima directa, *las personas que estuvieran a cargo del fallecido* (art. 2). Según dispone el artículo 3, la indemnización se extiende a *los nacionales de los Estados parte* en el presente Convenio y a *los nacionales de todos los Estados miembros del Consejo de Europa que tengan su residencia permanente en el Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el delito* (39).

(37) Han firmado el Convenio los siguientes Estados: Alemania, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Chipre, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Turquía.

(38) El Convenio ha sido ratificado por: Alemania, Azerbaiyán, Chipre, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia y Suiza.

(39) A los efectos de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 3, varios Estados han formulado reservas: Alemania, Chipre y Francia.

b) La obligación de indemnizar recae sobre *el Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el delito* (art. 3), cuando la indemnización no pueda hacerse efectiva por otras fuentes (art. 2), si bien, y para evitar la duplicación de indemnizaciones, el Estado podrá deducir de la indemnización concedida o reclamar a la persona indemnizada cualquier suma que hubiera recibido, como consecuencia del perjuicio, del delincuente, de la Seguridad Social, de un seguro o de cualquier otra procedencia (art. 9). El Estado se subroga en los derechos de la persona indemnizada hasta el límite de la suma pagada (art. 10).

c) El contenido de la indemnización cubrirá, al menos, los siguientes conceptos: pérdida de ingresos, gastos médicos y de hospitalización, gastos funerarios y, cuando se trate de personas a cargo, pérdida de alimentos (art. 4), que se harán efectivos incluso si el autor no puede ser perseguido o castigado (art. 2.2), si bien se podrán fijar límites mínimos y máximos para todos o algunos de los elementos citados (art. 5) y establecer un plazo para la presentación de las solicitudes (art. 6).

No obstante, el Convenio permite reducir o suprimir la indemnización en atención a determinadas circunstancias de la víctima o del solicitante: la situación financiera del solicitante (art. 7); el comportamiento de la víctima o del solicitante antes, durante o después de la comisión del delito, en relación con el daño causado (art. 8.1); la participación de la víctima o del solicitante en la delincuencia organizada o su pertenencia a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos (art. 8.2); y cuando la reparación total o parcial fuere contraria al sentido de la Justicia o al orden público (art. 8.3).

d) Por último, los Estados miembros se comprometen a adoptar las medidas adecuadas para que los posibles solicitantes tengan acceso a la información relativa al sistema de indemnizaciones (art. 11).

C) La Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, *sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal*, aborda el problema del Estatuto jurídico de la víctima en el Derecho Penal y en el proceso penal, perfilando sus derechos más básicos y estableciendo las líneas directrices del comportamiento de los agentes de control penal, para evitar los efectos de la victimización secundaria. En la Recomendación se recogen una serie de medidas básicas para la protección de la víctima y se recomienda a los Gobiernos de

los Estados miembros que revisen su legislación en diferentes aspectos de la justicia penal, entre ellos:

a) En el *nivel policial* se recomienda la formación de los funcionarios para tratar de forma adecuada a la víctima, informándola sobre la investigación policial y sobre los mecanismos de asistencia social, jurídica y de reparación por parte del delincuente y del Estado. Se aconseja que en sus informes la policía redacte un atestado claro y completo sobre las lesiones y daños sufridos por la víctima.

b) En el *nivel de persecución* se recomienda que no se adopten decisiones sobre la persecución del hecho sin considerar la cuestión de la reparación del daño sufrido por la víctima, que deberá ser informada de la decisión definitiva relativa a la persecución y tener derecho a pedir revisión de la decisión cuando ésta consista en el archivo.

c) En el *interrogatorio*, sea cual sea la fase del procedimiento, se respetará la situación personal, derechos y dignidad de la víctima.

d) En relación con el *juicio*, la víctima deberá ser informada de la fecha y lugar del juicio, de los mecanismos de asistencia y asesoramiento jurídico y de los mecanismos de restitución y reparación en el seno del proceso. Asimismo, se le informará de las resoluciones que se pronuncien.

e) En la *ejecución*, cuando la reparación se imponga como sanción penal tendrá prioridad sobre las restantes sanciones pecuniarias y se ejecutará del mismo modo que las multas.

f) *Protección de la vida privada y de la seguridad de la víctima.* Durante el proceso se protegerá a la víctima de toda publicidad que pueda atentar contra su vida privada o contra su dignidad. En el caso de que ello parezca necesario, y singularmente en los casos de delincuencia organizada, la víctima y su familia deberán ser eficazmente protegidas contra las amenazas y la venganza del delincuente.

D) Por último, la Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, *sobre asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización*, aborda el problema de la asistencia social a las víctimas de delito y la prevención de la delincuencia a través de la actuación sobre las víctimas potenciales (prevención victimal). La Recomendación recoge toda una serie de medidas dirigidas a obtener una efectiva asistencia social, pública y privada, que cubra las necesidades de las víctimas de delitos y una prevención más eficaz del delito a través de la prevención de la victimización. En particular se recomienda a los Estados:

a) Comprobar, a través de estudios de victimización o de otras investigaciones, las necesidades de las víctimas, las tasas de victimi-

zación y los grupos sociales particularmente vulnerables, para prevenir la victimización y para desarrollar programas adecuados de asistencia a las víctimas.

b) Velar para que las víctimas reciban: ayuda urgente para afrontar las necesidades inmediatas, incluida la protección contra la venganza del delincuente; ayuda continuada, médica, psicológica, social y material; consejos para evitar una nueva victimización; información sobre los derechos de las víctimas; asistencia durante el proceso penal; asistencia para obtener la reparación efectiva del perjuicio por parte del delincuente, de otro organismo o, en su caso, la indemnización del Estado. Todo ello, advirtiendo de la necesidad de crear servicios públicos o privados dirigidos a la asistencia de las víctimas, fomentando la ayuda del voluntariado e incrementando la formación de los servicios sociales y generales que los sensibilice respecto a las necesidades de las víctimas.

c) Crear y desarrollar servicios dirigidos a categorías específicas de víctimas: niños, víctimas de delitos sexuales o de violencia doméstica, crimen organizado o violencia racista.

d) Sensibilizar al público sobre las dificultades de la víctima y promover la solidaridad de la comunidad, en especial, de la familia y el medio social de la víctima.

e) Prevenir el delito mediante una política de desarrollo social, programas de prevención situacional y programas de prevención victimal, difundiendo, entre el público y entre las víctimas, consejos para evitar la victimización o una nueva victimización y procurando al mismo tiempo no alimentar los sentimientos de miedo e inseguridad.

La citada normativa tiene el mérito de poner sobre el tapete los principales problemas que afectan a las víctimas. Sin embargo, dado su carácter de recomendaciones, su efectividad depende de la aplicación por los distintos Estados miembros. Por su parte, el Convenio de 1983, que sí constituye Derecho positivo directamente aplicable, ha tenido una aplicación desigual y todavía no ha sido ratificado por todos los países firmantes, de forma que, aunque prevea un sistema de indemnización para víctimas de delitos, no garantiza el acceso a la misma de todos los ciudadanos europeos en condiciones de igualdad, ni prevé un sistema que facilite la obtención de la indemnización en las situaciones transfronterizas, es decir, cuando un ciudadano de alguno de los Estados miembros es víctima de un delito en un Estado distinto al de su nacionalidad.

2. La normativa procedente de la Unión Europea

En el ámbito de la Unión Europea también se ha planteado la situación de las víctimas de delito, con la finalidad de hacer realidad el espacio de libertad, seguridad y justicia, que el artículo 2.4 del Tratado de la Unión Europea establece, como uno de los objetivos a cumplir, para garantizar el derecho a la libre circulación de personas (40). Esta preocupación cristaliza en dos importantes normas: la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea *relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal*, de 15 de marzo de 2002 (41) y la Directiva del Consejo de la Unión Europea *sobre indemnización a las víctimas de delitos*, de 29 de abril de 2004 (42). A continuación, y tras un breve análisis de los trabajos preparatorios, se abordará el estudio de los citados instrumentos normativos.

2.1 LOS TRABAJOS INICIALES DEL PARLAMENTO Y DE LA COMISIÓN EUROPEA

El problema de la situación de las víctimas de delitos en la Unión Europea se plantea inicialmente en la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 1981, *sobre la indemnización a las víctimas de actos de violencia* (43), en la que el Parlamento resalta la relación existente entre protección social y libertad de circulación en la Comunidad Europea y pide a la Comisión que presente una propuesta de Directiva en la que se incluyan unas normas mínimas de indemnización a las víctimas de delitos violentos, con cargo a fondos públicos, instando a

(40) Como ha señalado García Rodríguez, el derecho a la libre circulación de personas trae consigo la movilidad geográfica entre los ciudadanos europeos que se desplazan de su Estado de residencia hacia otros Estados de la Unión para trabajar, estudiar o para hacer turismo. Este fenómeno ha convivido durante muchos años con el mantenimiento de quince fronteras nacionales en los ámbitos policial y judicial que, en la práctica, ha generado una situación de indefensión para aquellos ciudadanos que en sus desplazamientos son víctimas de algún delito. Pese a que en algunos Estados miembros existe una legislación sobre esta materia, se trata de legislaciones muy diversas entre sí, que no siempre garantizan su cobertura a los ciudadanos no residentes, de forma que se produce una clara discriminación en atención a la nacionalidad de la víctima. Por ello, pronto se pone de manifiesto la necesidad de crear, a escala de la Unión, un sistema en el que se garantice una adecuada protección de los derechos de las víctimas y un efectivo acceso a la Justicia para todos los ciudadanos (cfr. GARCÍA RODRÍGUEZ, M., «Las víctimas del delito en el espacio judicial europeo», en *La Ley*, 5-2001, p. 1706).

(41) DO L 82, de 22 de marzo de 2001, pp. 1-4.

(42) DO L 261, de 6 de agosto de 2004, pp. 15-18.

(43) DO C 77, de 6 de abril de 1981, p. 0077 (no existe versión española).

los Estados a que apliquen su sistema de indemnizaciones sin tener en cuenta la nacionalidad de la víctima (44). En esta resolución aparecen dos ideas básicas: necesidad de armonizar los sistemas de indemnización entre los distintos Estados y principio de no discriminación.

Años más tarde, y con la finalidad de elaborar una segunda Resolución sobre esta cuestión, la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo realiza un *Informe sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos*, presentado el día 6 de marzo de 1989 (45), que destaca tres importantes ideas. En primer lugar, afirma que razones de justicia y de solidaridad obligan a crear o desarrollar sistemas de indemnización estatal a las víctimas de delitos, para garantizar su adecuada cobertura, sobre todo en los casos en los que el delincuente no ha sido identificado, ha desaparecido o carece de recursos, y no puede obtenerse una compensación por otros medios. En segundo lugar, analiza los distintos sistemas indemnizatorios de los Estados de la Comunidad Europea, concluyendo que, dadas las diferencias existentes entre ellos, no permiten garantizar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad. En tercer lugar, reconoce que, pese a su vital importancia, la indemnización a la víctima no basta por sí sola para restablecer la situación existente antes de la comisión del delito y

(44) Sobre el principio de no discriminación también se ha pronunciado el TJCE, en su sentencia de 2 de febrero de 1989, *Asunto 186/87 (Ian William Cowan contra Trésor public)* (cfr. *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 1989-2, pp. 195-223). El asunto trataba de un ciudadano británico víctima de un asalto violento cuando hacía turismo por Francia. No se identificó a los asaltantes y la víctima se dirigió al Estado francés para que le indemnizaran con arreglo al sistema nacional. El «agente judiciaire du Trésor» desestima la petición porque, según la legislación interna, ésta se condiciona al requisito de que la víctima sea ciudadano francés, ciudadano de un Estado con acuerdo recíproco con Francia sobre la indemnización estatal, o titular de un permiso de residencia. La autoridad pidió al Tribunal de Justicia que se pronunciara con carácter prejudicial sobre si estas disposiciones eran compatibles con la prohibición de discriminación contenida en el artículo 7 del Tratado de la CEE, y el Tribunal declaró que al prohibir «toda discriminación por razón de nacionalidad», el Tratado requiere que las personas en una situación regulada por el Derecho comunitario se encuentren en una posición idéntica a la de los ciudadanos del Estado miembro. Cuando el Derecho comunitario garantiza a una persona la libertad de ir a otro Estado miembro, es un corolario de esta libertad que la persona esté protegida contra posibles daños igual que los ciudadanos o residentes de ese Estado. Por tanto, el Tribunal de Justicia sostuvo que la prohibición de discriminación establecida en el Tratado impide que un Estado someta el otorgamiento de la indemnización estatal a una víctima de un delito al requisito de estar en posesión de un permiso de residencia o ser nacional de un país que haya firmado un acuerdo de reciprocidad con el Estado miembro.

(45) Documento A 2-0426/88-A 3-0013/89, en *Comunidades Europeas. Parlamento Europeo. Documentos de sesión*. 1988-1989. Serie A, 1 de septiembre de 1989.

advierte de la necesidad de instrumentar otra clase de medidas para ayudar a las víctimas y favorecer una adecuada asistencia e información.

El Parlamento Europeo, tomando como base este Informe, aprobó el 12 de septiembre de 1989 una Resolución *sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos* (46), en la que reitera la necesidad de armonizar las legislaciones sobre indemnización a las víctimas, afirmando que este derecho debe considerarse como un beneficio social estrechamente relacionado con la libertad de circulación en la Comunidad Europea y justifica la obligación estatal de indemnizar a la víctima en la medida en que «los Gobiernos son enteramente responsables en lo que respecta a la observación de la Ley y el orden». Es la primera vez que se hace referencia al *principio de responsabilidad* como fundamento de la obligación estatal de resarcir a las víctimas.

Tal indemnización debería cubrir, al menos, la pérdida de ingresos actuales y futuros, los gastos jurídicos, los gastos médicos y de hospitalización y los gastos funerarios, el dolor o sufrimiento y la pérdida de sustento de las personas a cargo de la víctima; el pago por parte del Estado miembro de los gastos de los testigos que tuvieran que volver al país con objeto de prestar declaración. Por otro lado, el Parlamento pide a los Estados la creación de estructuras, en el ámbito policial y judicial, dirigidas a informar a la víctima de sus derechos y la ratificación del Convenio del Consejo de Europa de 24 de noviembre de 1983, *sobre indemnización a víctimas de delitos violentos*.

Así las cosas, el Tratado de Amsterdam y sus disposiciones para la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea inciden necesariamente sobre esta materia. En efecto, la Unión Europea, con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, se enfrenta al reto de garantizar que el derecho de libre circulación en la Unión pueda disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesibles a todos. Este desafío supone el establecimiento de un auténtico espacio de justicia, en el que sea posible acceder a los Tribunales y autoridades de cualquier Estado miembro tan fácilmente como a los propios y exige tomar en cuenta las necesidades de las víctimas de delitos en la Unión Europea (47).

(46) DO C 256, de 9 de octubre de 1989, p. 0033.

(47) En el ámbito de la Unión Europea también se ha abordado el problema de la protección de testigos, siendo de destacar la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 23 de noviembre de 1995, *relativa a la protección de testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional*, en la que se recogen toda una serie de orientaciones dirigidas a la protección de testigos que cuenten con información importante para las diligencias penales y cuya divulgación pueda suponer un peligro para esa persona.

Con estas premisas, el *Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia* (48), aprobado el 11 de diciembre de 1998, en el Consejo Europeo de Viena, recoge, en su punto 51.c), entre las medidas a adoptar en el plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la cuestión del apoyo a las víctimas, y solicita la realización de un estudio comparativo de los sistemas de indemnización de los distintos Estados y que se evalúe la posibilidad de tomar medidas a escala de la Unión Europea.

Sobre esta nueva previsión, la Comisión elabora, en julio de 1999, una *Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea. Normas y medidas* (49), en la que se establece un foro de debate sobre las cuestiones relacionadas con las víctimas de delitos y el acceso de éstas a la Justicia, de cara a la reunión del Consejo Europeo, sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, que habría de celebrarse en Tampere, en octubre de 1999.

La Comunicación manifiesta que la movilidad de ciudadanos en la Unión Europea hace necesario abordar el problema de la asistencia a

(48) DO C 19, de 23 de enero de 1999, pp. 1-15. El Consejo Europeo, reunido en Cardiff, instó al Consejo y a la Comisión a que presentasen, en la reunión del Consejo Europeo de Viena, un Plan de Acción sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de una zona de libertad y seguridad y justicia. Los Jefes de Estado y de Gobierno confirmaron ulteriormente en Pörschach la importancia que conceden a este asunto sobre el que acordaron celebrar un Consejo Europeo extraordinario en Tampere, en octubre de 1999. En el citado Plan de Acción se plasma el enfoque y la filosofía inherentes al concepto de «espacio de libertad, seguridad y justicia» y tal y como se afirma en las consideraciones preliminares estas tres nociones están estrechamente relacionadas: «La libertad debe entenderse como libre circulación de personas dentro de la Unión Europea... no obstante, el Tratado de Amsterdam también ha abierto el camino para que el concepto de libertad adquiera un valor que supere el de la libre circulación de personas a través de las fronteras interiores. También significa libertad para vivir en un entorno respetuoso con la Ley, con la certeza de que las autoridades públicas recurren a sus poderes colectivos e individuales (a escala nacional, en el ámbito de la Unión y por encima de ésta) para hacer frente y frenar a aquellos que pretenden negar esta libertad o abusar de ella»; y continúa: «A menos que la libertad se ejerza en un espacio en el que las personas se sientan protegidas y seguras, es imposible disfrutar plenamente de los beneficios que se derivan de un espacio de libertad»; y por último: «La justicia debe considerarse un instrumento que permite hacer más fácil la vida de cada día y que, al mismo tiempo, persigue a aquellos que son una amenaza contra la libertad y la seguridad de las personas y de la sociedad».

(49) COM (1999) 349 final, Bruselas, 14 de julio de 1999.

la víctima en diversos aspectos, que trascienden el meramente indemnizatorio y que la Comunicación clasifica en cinco grandes bloques:

– *Prevención de los delitos*: incitando a los Estados miembros a que intercambien las mejores prácticas sobre prevención de delitos, mediante la información de los riesgos y hábitos culturales, ya que se entiende que la persona bien informada reduce los riesgos de delito, mediante la integración de los mecanismos de prevención en las infraestructuras turísticas y a través de la formación del personal pertinente.

– *Asistencia a las víctimas*: facilitando el acceso de las víctimas a los servicios de asistencia material, médica, psicológica y social de los distintos Estados, así como a los servicios de información sobre los primeros auxilios y sobre el procedimiento ulterior. La Comunicación considera que el efecto psicológico del delito puede agravarse si la víctima no está familiarizada con el ordenamiento jurídico o no habla el idioma del lugar donde se ha cometido el delito; por ello, se hace necesario facilitar a todas las víctimas el acceso a estos servicios de asistencia, con la finalidad de evitar los riesgos de victimización secundaria.

– *Posición de las víctimas en el proceso penal*: se proponen toda una serie de medidas dirigidas a mejorar la situación procesal de la víctima, cuyas dificultades para hacerse oír en el proceso se acrecientan en el caso de ser extranjera (50). Se pone así de manifiesto la necesidad de abordar como problema específico la necesidad de asistencia jurídica a las víctimas en los litigios transfronterizos.

– *Cómpensación a las víctimas*: instaurando toda una serie de medidas dirigidas a garantizar a las víctimas una indemnización lo más rápida posible. Entre ellas, la Comunicación considera que deberían ser estudiadas las siguientes medidas: ratificación por todos los Estados de la Unión del *Convenio de 1983 sobre indemnización a las víctimas de delitos*; previsión de anticipos a cargo del Estado, para procurar una compensación lo más rápida posible; ayuda a las vícti-

(50) Entre las medidas que propone la Comunicación podemos citar las siguientes: tratamiento de las víctimas en el proceso penal con respeto y dignidad y protección de su intimidad y seguridad; disponibilidad de personas en el Tribunal para asistir a las víctimas y a los testigos en cuestiones relativas al proceso; utilización de procedimientos abreviados y la posibilidad de que víctimas extranjeras presenten declaraciones por anticipado o desde su país de origen; disponibilidad de instalaciones en los Tribunales que garanticen que las víctimas o testigos no tengan que enfrentarse al delincuente más de lo necesario; restitución de las propiedades a la víctima tan pronto como sea posible; y, por último, investigación en procedimientos de mediación entre delincuente y víctima, evaluando los intereses particulares de éstas.

mas en el cobro de la deuda por daños del delincuente; y promoción de la cooperación entre los Estados para facilitar las solicitudes de indemnización, permitiendo a las víctimas solicitarla a través de la autoridad de su país de origen.

– *Cuestiones generales* relativas a: la necesidad de información de las víctimas y necesidad de información de los responsables políticos sobre los problemas de las víctimas; necesidad de formación de las categorías profesionales que entran en contacto con las víctimas; y necesidad de proporcionar una información multilingüe relativa a las víctimas de delitos por los canales comunitarios existentes, para neutralizar el principal problema de las víctimas extranjeras que es el idioma.

La Comunicación recoge las propuestas procedentes de los instrumentos anteriores, pero resalta la necesidad de abordar como problema específico la asistencia jurídica a las víctimas en los litigios transfronterizos. Sobre esta base, el Consejo extraordinario de Tampere, celebrado durante los días 15 y 16 de octubre de 1999, que se dedica a los temas de Justicia e Interior, acordó toda una serie de orientaciones, objetivos y prioridades políticas destinadas hacer realidad el espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE (51), entre las cuales interesa destacar las siguientes:

– El punto 32 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo establece que «Habida cuenta de la Comunicación de la Comisión, deberían elaborarse normas mínimas sobre la protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre el acceso de las víctimas de los delitos a la justicia y sobre su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos, también por lo que respecta a los gastos judiciales», todo ello con el fin de garantizar un mejor acceso de todos los ciudadanos a la Justicia en Europa.

– Por otra parte, el punto 30 de las Conclusiones invita al Consejo a que instaure unas normas mínimas que garanticen un nivel adecuado de asistencia jurídica en litigios transfronterizos en toda la Unión.

– Por su parte, el punto 18 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo, dispone que «La Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar

(51) Cfr. «Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere», en *Boletín de la Unión Europea*, 10-1999, pp. 1-15.

la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia».

En suma, en los trabajos citados hasta el momento, se perfilan ya las dos líneas fundamentales de la política europea en relación con las víctimas: la cuestión relativa al Estatuto jurídico y asistencia social a las víctimas de delitos y la necesidad de crear un sistema europeo de indemnización y reparación a las víctimas, todo ello con la finalidad de paliar las divergencias entre las distintas legislaciones internas y garantizar un efectivo acceso de todos los ciudadanos europeos a la Justicia (52). El principio de no discriminación se presenta como principio inspirador de ambas políticas y también, en ambos casos, se hace patente la necesidad de abordar la problemática específica que plantean los supuestos de litigios transfronterizos.

Pues bien, estas dos líneas de acción cristalizan, aunque con un resultado desigual, en dos importantes instrumentos normativos, cuyo contenido se analizará a continuación: la Decisión Marco del Consejo *sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal*, de 15 de marzo de 2002, y la Directiva del Consejo *sobre indemnización a las víctimas de delitos*, de 29 de abril de 2004.

2.2 EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA Y LA ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO. LA DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO SOBRE EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL, DE 15 DE MARZO DE 2002

Sobre la base de los trabajos citados, el Consejo Europeo adoptó, el 15 de marzo de 2001, una Decisión Marco *relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal* (53), en la que se define el Estatuto jurídico de la víctima de delito en el marco de la Unión Europea.

(52) Para asegurar el cumplimiento de estos objetivos, el Consejo Europeo aconsejó la creación de un sistema de «Marcador» y, en vista de ello, la Comisión aprobó una *Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre un Marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia* [COM (2000) 167 final, Bruselas, 24 de marzo de 2000], en el que se establecen las acciones a desarrollar y los plazos para su cumplimiento.

(53) Según se desprende de las consideraciones preliminares, el fundamento jurídico que permite adoptar la Decisión Marco sobre esta materia se encuentra en los artículos 31 y 34.2.b) del Tratado de la Unión Europea. El artículo 31 del Tratado de la Unión Europea dispone lo siguiente: «la acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá: a) la facilitación y aceleración de la cooperación entre los Ministerios y las autoridades judiciales o equivalentes competentes de los Estados miembros en relación con las causas y la ejecución de resoluciones; b) la facilitación de la extradición entre Estados miembros; c) la consecución de la com-

En las Consideraciones Preliminares, el Consejo expone la necesidad de que los Estados miembros aproximen sus disposiciones legales para ofrecer a las víctimas un adecuado nivel de protección con independencia del Estado miembro en que se encuentren, no sólo en el marco del procedimiento penal en sentido estricto, sino durante todas las actuaciones (54), con la finalidad de evitar la victimización secundaria y devolver a la víctima su papel dentro del proceso. Para ello, se destaca la importancia de que los Estados armonicen sus normas y prácticas en lo que respecta al estatuto y a los principales derechos de las víctimas, la necesaria intervención de servicios estatales especializados en la asistencia a la víctima y organizaciones de apoyo a la víctima (55), y la necesidad de formación a las personas que integran estos servicios.

Para el logro de estos fines, la Decisión Marco, tomando como punto de partida una definición de víctima, establece un conjunto de obligaciones para los Estados miembros que éstos deberán incorporar en sus ordenamientos internos en los plazos que establece el artículo 17 de la Decisión. Las citadas obligaciones se refieren a los

patibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación; *d*) la prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; *e*) la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas». Por su parte, el artículo 34.2. *b*) establece «El Consejo dispondrá y fomentará, en la forma y según los procedimientos oportunos tal como se establece en el presente título, la cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión. A tal fin, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, el Consejo podrá, por unanimidad: [...] *b*) adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo».

(54) El artículo 1 de la Decisión Marco distingue entre «proceso penal» y «actuaciones»; así, mientras que el proceso penal se define como «el prescrito en la legislación nacional aplicable», las actuaciones comprenden «en sentido lato, además del proceso penal, todos los contactos que la víctima establezca, como tal, con cualquier autoridad, servicio público u organización de apoyo a la víctima en relación con su causa, antes, durante o después del proceso penal». Como señalan las consideraciones preliminares, para evitar la victimización secundaria, es necesario tratar las necesidades de la víctima de forma integrada de forma que se atiendan sus intereses no sólo durante el procedimiento penal en sentido estricto, sino mediante medidas de asistencia a la víctima durante todas las actuaciones.

(55) El artículo 1 de la Decisión define la «organización de apoyo a la víctima» en los siguientes términos: «la organización no gubernamental constituida legalmente en un Estado miembro y cuyas actividades de apoyo a las víctimas de delitos sean gratuitas y ejercidas en condiciones adecuadas, sean complementarias de la actividad del Estado en este ámbito».

derechos que configuran el Estatuto jurídico de la víctima, a las medidas de asistencia y protección, y a otras cuestiones.

El artículo 1 de la Decisión contiene una *definición de «víctima»*, a los efectos de su aplicación, en los siguientes términos: «Víctima es la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado». El concepto es amplio y permite incluir a todas aquellas personas que tengan un interés legítimo en el desarrollo de las actuaciones penales. Sólo se exige que el daño haya sido causado directamente por el delito y se excluye a las personas jurídicas, a la sociedad o al Estado (56).

A) *El Estatuto jurídico de la víctima de delito*

La creación de un Estatuto jurídico supone el reconocimiento de la víctima como sujeto de derechos en las actuaciones penales y la atribución de un rol autónomo en el sistema de justicia penal. En este sentido, el artículo 2 dispone que «Los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal»; exige «que sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal»; e insta a los Estados miembros a que «reconozcan los derechos e intereses legítimos de las víctimas en el marco del proceso penal».

A partir de este reconocimiento, la Decisión Marco obliga a los Estados miembros a garantizar los siguientes derechos de las víctimas:

a) *La posibilidad de ser oída durante las actuaciones y facilitar elementos de prueba*, tomando medidas para que las autoridades sólo interroguen a la víctima cuando sea necesario para el proceso penal

(56) Si se compara el concepto de víctima de la Decisión con los conceptos recogidos en los otros instrumentos internacionales anteriormente comentados (Declaración de Naciones Unidas y Reglas para la aplicación del Estatuto de Roma), se puede colegir que, desde el punto de vista victimológico, todavía no existe un concepto unitario de «víctima» que haya quedado consolidado en los textos o instrumentos internacionales que abordan la regulación de los derechos de las víctimas. Así, mientras la Declaración de Naciones Unidas y la Decisión Marco reducen el ámbito de aplicación del concepto a las personas físicas, las Reglas de Procedimiento y Prueba para la aplicación del Estatuto de Roma permiten incluir a ciertas personas jurídicas. Por otro lado, mientras que las Reglas y la Decisión Marco sólo toman en cuenta, a los efectos de atribuir la condición de víctima, las lesiones a bienes jurídicos de titularidad individual; la Declaración de Naciones Unidas incluye lesiones a bienes jurídicos de titularidad colectiva, como es el medio ambiente. Por todo ello, es posible concluir que el concepto victimológico de «víctima» no sólo difiere del concepto jurídico penal, sino que todavía no constituye un concepto plenamente asentado.

(art. 3). En este sentido, el artículo 11 dispone que los Estados miembros adoptarán medidas para paliar las dificultades derivadas del hecho de que la víctima resida en un Estado miembro distinto de aquél en que se haya cometido la infracción. A tal efecto:

– Se prevé que la víctima pueda prestar declaración inmediatamente después de cometerse la infracción.

– Se prevé la posibilidad de recurrir a las disposiciones sobre videoconferencia y conferencia telefónica previstas en los artículos 10 y 11 del Convenio relativo a *la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, de 29 de mayo de 2000 (57), para la audiencia a las víctimas que residan en el extranjero.

– Y la posibilidad de que las víctimas de infracciones cometidas en un Estado miembro distinto de aquél en que resida puedan presentar denuncia ante las autoridades competentes de su Estado de residencia, si no han podido hacerlo en el Estado de comisión del delito o, si se trata de una infracción grave, han optado por no hacerlo. En este caso, la autoridad competente transmitirá la denuncia a las autoridades competentes del Estado de comisión del delito (art. 11).

b) Derecho a recibir información, desde su primer contacto con las autoridades, por los medios que se estimen necesarios, y a ser posible en lenguas de comprensión general, sobre todo aquello que sea pertinente para la protección de sus intereses. Esta información comprenderá como mínimo: *a)* el tipo de servicios u organizaciones a los que puede dirigirse para obtener apoyo; *b)* el tipo de apoyo que puede recibir; *c)* lugar y modo en que puede presentar una denuncia; *d)* las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquéllas; *e)* el modo y las condiciones en que puede obtener protección; *f)* la medida y condiciones en que puede acceder a asesoramiento jurídico, o asistencia jurídica gratuita o cualquier otro tipo de asesoramiento; y *h)* si reside en otro Estado, los mecanismos especiales de defensa de sus derechos que puede utilizar (art. 4.1).

Este derecho a la información abarcará, asimismo: el curso de la denuncia, los elementos necesarios para seguir el curso del proceso y la sentencia del Tribunal, a la víctima que así lo solicite; y la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada, al menos en el caso de que pueda existir riesgo para la víctima (art. 4. 2 y 3). En los dos últimos casos, los Estados miembros deberán garantizar a la víctima el derecho a optar por no recibir dicha información, salvo que su envío sea necesario en el marco del proceso penal (art. 4.4).

(57) DO C 197, de 12 de julio de 2000, pp. 3-23.

c) *Derecho a participar en las fases importantes del proceso*, cuando sea testigo o parte en las actuaciones, en términos comparables a los aplicables al procesado. A tal efecto, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para reducir cuanto sea posible las dificultades de comunicación y comprensión que afecten a la participación de la víctima en el proceso (art. 5).

d) *Derecho al reembolso de los gastos* sufragados por la víctima en relación con su participación legítima en un proceso penal, cuando ésta sea parte o testigo (art. 7).

e) *Derecho a la protección de las víctimas y, si procede, de sus familiares*, recogido en el artículo 8 de la Decisión, que afecta a la seguridad de las personas y a la protección de su intimidad. Para ello, los Estados deberán garantizar:

- La posibilidad de adoptar, en el marco del proceso judicial, medidas adecuadas para proteger la intimidad o la imagen física de la víctima, de sus familiares o de las personas en situación equivalente.

- Medios para evitar el contacto entre la víctima y el procesado, salvo que el proceso penal lo requiera. En este sentido se prevé la creación de espacios de espera reservados a la víctima, en las dependencias judiciales.

- Que las víctimas, sobre todo las más vulnerables, puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan preservarlas de las consecuencias de declarar en audiencia pública.

B) *Asistencia específica a la víctima de delito*

Un segundo grupo de medidas se refiere a las necesidades de asistencia de la víctima durante las actuaciones. Las medidas previstas son las siguientes:

a) El artículo 6 dispone que los Estados miembros garantizarán que las víctimas reciban, cuando esté justificado, *asesoramiento jurídico gratuito* sobre su papel en las actuaciones y, si procede, asistencia jurídica gratuita, cuando puedan ser parte del proceso penal.

b) El artículo 13 establece que los Estados miembros fomentarán la intervención de *servicios de apoyo a la víctima* que organicen la acogida inicial y le presten asistencia durante las actuaciones (transmisión de información, acompañamiento durante el proceso, asistencia a la víctima una vez que ha finalizado el proceso), bien a través de servicios públicos o bien a través del reconocimiento y financiación de organizaciones de apoyo a la víctima.

c) El artículo 14 aborda el problema de la *formación de las personas que intervienen en las actuaciones* o tienen otro tipo de con-

tacto con la víctima, con especial atención a los agentes de Policía y a los profesionales del Derecho.

d) Por último, el artículo 15 aborda el problema de las *condiciones materiales* de la situación de la víctima durante las actuaciones, instando a los Estados a que vayan creando, en los lugares donde se desarrolla el proceso y las actuaciones, las condiciones materiales necesarias para prevenir la victimización secundaria y evitar tensiones innecesarias para la víctima.

C) *Otras cuestiones*

En la Decisión Marco se abordan, de forma más tangencial, otras cuestiones como son:

a) *El Derecho a indemnización* (art. 9), que comprende: el derecho a obtener, en un plazo razonable y en el marco del proceso penal, una resolución sobre la indemnización por parte del autor del delito, así como a hacer efectivo su cumplimiento; y derecho a la pronta restitución de los objetos de su pertenencia aprehendidos durante las actuaciones.

b) *La mediación en el marco del proceso penal*. Por mediación se entiende, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1, «la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente». Pues bien, el artículo 10 dispone que los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales, para aquellas infracciones que se presten a esta medida y velarán para que puedan tomarse en cuenta los posibles acuerdos entre víctima e inculpado que se hayan alcanzado con ocasión de la mediación.

Para concluir esta exposición, es preciso destacar que la Decisión Marco, para asegurar el cumplimiento de lo estipulado, fija unos plazos temporales para que los Estados miembros cumplan sus obligaciones (art. 17) (58) y establece un sistema de control y evaluación de las medidas adoptadas, al disponer, en el artículo 18, que «Los Estados miembros transmitirán a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión, en las fechas establecidas en el artículo 17, el texto de las disposiciones que incorporen al ordenamiento jurídico nacional las obligaciones impuestas por la presente Decisión Marco. El Consejo evaluará, en el

(58) Los plazos establecidos en el artículo 17 son los siguientes: el 22 de marzo de 2006, por lo que respecta al artículo 10 de la Decisión (Mediación en el marco del proceso penal); el 22 de marzo de 2004, por lo que respecta a los artículos 5 (Garantías de comunicación de las víctimas) y el artículo 6 (Asistencia a las víctimas); y el 22 de marzo de 2002, en lo que respecta a las demás disposiciones.

plazo de un año consecutivo a dichas fechas las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación de lo estipulado en la presente Decisión Marco». En este aspecto, la Decisión Marco supone un importante avance al imponer la obligación a los Estados de la Unión Europea de crear y desarrollar normas de protección a las víctimas, fijando un calendario que permitirá que en el año 2006 se haga realidad ese nuevo Estatuto jurídico de la víctima en la Unión Europea.

2.3 LA CUESTIÓN SOBRE LA INDEMNIZACIÓN A LAS VÍCTIMAS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA. LA DIRECTIVA 2004/80/CE DEL CONSEJO SOBRE INDEMNIZACIÓN A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS, DE 29 DE ABRIL DE 2004

Si el primer objetivo de la política europea en relación con las víctimas de delitos es la definición de su Estatuto jurídico en el espacio judicial europeo, el segundo objetivo, y no menos importante, es establecer un sistema europeo de compensación e indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del delito. Así, tal y como se expuso en su momento, el *Plan de Acción de Viena del Consejo y de la Comisión*, adoptado por el Consejo en 1998, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social *sobre las víctimas de delitos en la Unión*, y las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, solicitaron la elaboración de unas normas mínimas sobre el derecho a la indemnización por daños derivados del delito, incluidas las costas.

2.3.1 *Los trabajos preparatorios: el Libro Verde sobre la indemnización a las víctimas de delitos y la Propuesta de Directiva de la Comisión al Consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos*

En respuesta a estas peticiones, la Comisión presentó un Libro Verde *sobre indemnización a las víctimas de delitos* (59), cuyo objetivo era iniciar una consulta, con todas las partes interesadas, sobre las medidas que deberían adoptarse al nivel comunitario para mejorar la indemnización estatal a las víctimas de delitos en la UE (60).

(59) COM (2001) 536 final, de 28 de septiembre de 2000.

(60) Los trabajos preparatorios que preceden a la publicación del Libro Verde incluyen un estudio completo sobre la situación de las víctimas de delitos en la UE realizado con el apoyo del programa «Grotius». Este estudio fue seguido por una conferencia en Umea, Suecia, en octubre de 2000, cuyas conclusiones incluyen varias recomendaciones sobre cómo mejorar la situación de víctimas de delitos por lo que se refiere a la indemnización, así como una recomendación a la Comisión para considerar el establecimiento de legislación vinculante en el ámbito de la UE.

El Libro Verde se centra en la cuestión de la indemnización estatal (61) y, tras analizar la normativa interna de los Estados miembros, concluye que, pese a la existencia de sistemas de indemnización estatal en la mayor parte de los Estados miembros y al Convenio europeo *relativo a la indemnización a las víctimas de delitos violentos* de 1983, las posibilidades que tiene la víctima de delito de obtener una indemnización en la UE resultan insuficientes. En efecto, a tenor de sus conclusiones, la situación de la víctima en el contexto de la Unión presenta tres importantes deficiencias:

En primer lugar, todos los sistemas parten del principio de que la responsabilidad de indemnizar a la víctima recae en el delincuente, lo que supone que ésta no siempre podrá obtener una indemnización, ya que el delincuente puede resultar desconocido, no ser procesado con éxito, o carecer de medios económicos.

En segundo lugar, al no existir en todos los Estados miembros la posibilidad de una indemnización estatal, y ante la falta de convergencia entre los sistemas existentes, surgen diferencias para el individuo en función de su lugar de residencia, de forma que no se garantiza el principio de no discriminación.

Por último, existen, asimismo, diferencias propias de las situaciones transfronterizas que, si resultan injustas y arbitrarias desde una perspectiva individual, son claramente insatisfactorias de cara al objetivo de establecer la UE como un espacio de libertad, seguridad y justicia para todos.

Partiendo de estas consideraciones, el Libro Verde fija tres objetivos básicos para una acción en el nivel comunitario:

a) Garantizar la posibilidad de obtener indemnización estatal, es decir, crear una red de seguridad para todos los residentes en la UE.

(61) La Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, en su artículo 9, ya había abordado la cuestión de la indemnización a cargo del infractor, exigiendo a los Estados miembros que garantizaran a las víctimas la obtención, en el marco del proceso penal, de una resolución sobre la indemnización del autor de la infracción, así como la adopción de las medidas pertinentes para propiciar que el autor indemnice de forma adecuada a la víctima. Por otro lado, existen una serie de iniciativas, en el ámbito de la cooperación judicial en material civil, dirigidas a mejorar el acceso a la justicia de los litigantes transfronterizos de las que pueden beneficiarse las víctimas de delitos que deseen la obtención y ejecución de una resolución sobre indemnización contra el delincuente en una situación transfronteriza, entre las que figura el Reglamento de Bruselas I *sobre competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (DO L 12, de 16 de enero de 2001).

b) Adoptar medidas para limitar los efectos injustos derivados de las amplias divergencias entre los niveles de indemnización existentes en los distintos Estados miembros.

c) Facilitar el acceso de las víctimas a la indemnización en las situaciones transfronterizas, de forma que no se vea significativamente influido por el lugar de la UE en el que se cometa el delito.

Sobre la base de estos tres objetivos y en atención a la realidad existente en el contexto de la UE, el Libro Verde propone acudir al sistema de norma mínima que obliga a los Estados a introducir o mantener disposiciones que garanticen la obtención de una indemnización. Este sistema resulta preferible a buscar la armonización de legislaciones, dadas las importantes diferencias existentes entre las normativas de los distintos Estados, la ausencia en algunos de ellos de normas al respecto (62), y los distintos niveles socioeconómicos existentes.

Las reacciones de las partes interesadas a las consideraciones del Libro Verde confirmaron que la situación actual de las víctimas de delitos no es satisfactoria en la UE (63). Así, el Comité Económico y Social, en su Dictamen *sobre el Libro Verde* (64), respaldó los tres objetivos propuestos, añadiendo que una Directiva sería el instrumento más apropiado para cumplirlos y la necesidad de garantizar la aplicación de esa norma, mediante un sistema de sanciones para aquellos Estados que incumplan sus compromisos, creando, además, un fondo europeo para completar las indemnizaciones.

En respuesta a la petición del Consejo Europeo de Tampere y en coincidencia con el Libro Verde, la Comisión elaboró una Propuesta de Directiva *sobre indemnización a víctimas de delitos* (65), cuyo objetivo era, por un lado, establecer unas normas mínimas que garanticen, a escala de la Unión Europea, que cada Estado miembro indemnizará a las víctimas de delitos cometidos en su territorio y, por otro lado, facilitar el acceso a tal indemnización en las situaciones transfronterizas. Es decir, crear esa red de seguridad construida sobre el principio de no discriminación.

(62) Según las conclusiones del Libro Verde, Grecia e Italia no tienen sistemas de indemnización estatal de aplicación general, si bien Italia tiene un sistema por el que se indemniza a víctimas que sufren perjuicios graves derivados de un acto terrorista o de delincuencia organizada.

(63) La Comisión recibió más de 30 comentarios escritos, procedentes de los Estados miembros, organizaciones de apoyo a las víctimas, organizaciones no gubernamentales y otras. La Comisión organizó una audiencia pública el 21 de marzo de 2002 para progresar en el debate de las cuestiones suscitadas.

(64) DO C 125, de 27 de mayo de 2002, p. 31.

(65) COM (2002) 562, final, Bruselas, 16 de octubre de 2002.

el importe de la indemnización, forma y requisitos para el pago (68) y criterios para la reducción o denegación de la indemnización (69). La sección segunda aborda el problema del acceso a la indemnización en situaciones transfronterizas, diseñando un sistema que permite a la víctima tramitar su petición ante una autoridad de su Estado de residencia. Por último, la sección tercera contiene toda una serie de disposiciones de aplicación, en las que se establecen los plazos para el cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva.

Tras la publicación de la Propuesta de Directiva, el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social emitieron sus correspondientes informes. Así, el Comité Económico y Social Europeo, en su

Por otro lado, el artículo 8 de la Propuesta configura la responsabilidad del Estado como una responsabilidad subsidiaria a la responsabilidad del delincuente, sobre el que recae la responsabilidad primaria de indemnizar a la víctima, recogiendo así el principio fundamental que rige en todos los sistemas internos de indemnización. No obstante el párrafo segundo del citado precepto modera este principio al establecer que los Estados miembros establecerán excepciones para los casos en los que el solicitante no haya podido obtener una sentencia sobre la indemnización contra el delincuente o resulte probable que el delincuente no pueda cumplirla.

(68) Los daños indemnizables, establecidos en el artículo 2, comprenden las lesiones personales, ya sean físicas o psíquicas, causadas por un delito doloso. Se excluyen las lesiones causadas por delitos imprudentes y los daños de carácter meramente patrimonial, salvo que tengan su origen en un delito doloso en el que también se hayan causado lesiones personales. Hay que resaltar que no se exige que el delito sea violento, sino doloso, quedando la definición de este concepto al criterio de los Estados miembros. También en este punto se busca un punto medio entre las diversas legislaciones de los Estados, siendo así que todos los sistemas existentes cubren daños personales derivados de delitos dolosos, la inmensa mayoría cubre los daños patrimoniales que tengan su causa en delitos dolosos violentos y las legislaciones de Dinamarca, Finlandia, Francia, Reino Unido, Irlanda y Suecia cubren también los daños personales causados por delitos imprudentes.

El sistema para determinar el importe de la indemnización y la forma de pago se regulan en los artículos 4 y 5 de la Propuesta de Directiva, que prevén, entre otros extremos, la posibilidad de obtener un anticipo a cuenta de la futura indemnización.

Por su parte, el artículo 11 permite a los Estados condicionar la concesión de la indemnización a ciertos requisitos como son la previa denuncia del delito o la presentación de la solicitud en determinados plazos. No se permite condicionar la concesión a la previa identificación o condena del delincuente, pero sí la suspensión de la decisión hasta que la investigación o el proceso penal concluya.

(69) La Propuesta de Directiva permite reducir o denegar la indemnización en los casos de negligencia concurrente de la víctima (art. 7) y en los supuestos en que la víctima sólo haya sufrido lesiones menores (art. 6). Por el contrario, no se han incluido otros posibles criterios de reducción o denegación de la indemnización, presentes en los sistemas de algunos Estados miembros, tales como la pertenencia de la víctima a organizaciones delictivas ilegales, los antecedentes penales, la relación de la víctima con el delincuente o, por último, que la concesión de indemnización pueda afectar al orden público o vulnerar normas de equidad.

Dictamen sobre la *Propuesta de Directiva del Consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos* (70), valora positivamente el contenido de la propuesta y apoya sus objetivos, si bien introduce algunas precisiones, como son la necesidad de incluir en la propuesta una definición de las infracciones que abarca, la determinación meticulosa de las competencias de las autoridades encargadas de la asistencia a la víctima y la simplificación de los procedimientos. Por otro lado, estima inadecuado que la Propuesta permita seguir manteniendo importantes divergencias en los sistemas de indemnización y, por ello, aconseja revisar los criterios para fijar el importe de la indemnización establecidos en el artículo 4 que, a juicio del Comité, no garantizan el principio de plena indemnización (71).

Por su parte, el Parlamento Europeo, en su Informe de 7 de octubre de 2003, sobre la *Propuesta de Directiva del Consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos* (72), presenta un Proyecto de resolución legislativa en el que se aprueba la Propuesta de la Comisión, si bien con importantes modificaciones dirigidas a reforzar la eficacia del sistema, entre las que cabe destacar la inclusión de los delitos imprudentes (negligencia grave) entre los supuestos que dan derecho a la indemnización y la elevación del tope máximo de la indemnización a 100.000 euros.

Evacuados estos trámites, el Proyecto se transmite al Consejo y a la Comisión para que se pronuncien sobre la posición del Parlamento, siendo así que en su reunión de 6 de noviembre de 2003, el Consejo señala la necesidad de continuar los trabajos sobre la propuesta de Directiva, dada la falta de un acuerdo unánime respecto a su contenido. Las divergencias, que afectan fundamentalmente al capítulo relativo a las normas mínimas de indemnización, tienen su causa en las importantes consecuencias presupuestarias, para determinados Estados miembros, que conllevaría su aplicación. Desde este momento, el Comité de Derecho Civil se reúne en cuatro ocasiones (73) y examina diversas soluciones transaccionales con vistas a la modificación

(70) SOC/132, «Indemnización a las víctimas de delitos», Bruselas, 26 de febrero de 2003.

(71) El párrafo 1 del artículo 4 de la Propuesta de Directiva recoge el principio de plena indemnización, pero este principio se modula en los números 2 y 3 del precepto, que permiten introducir excepciones, tales como la adecuación de la indemnización a los principios de Derecho Civil propios de cada Estado y la posibilidad de establecer un tope máximo para la indemnización, que se fija en 60.000 euros.

(72) A 5-0330/2003, final.

(73) El 9 de diciembre de 2003 y el 12 de enero, el 10 de febrero y el 20 de febrero de 2004.

del texto inicial. En las discusiones se pone de manifiesto la existencia de un amplio consenso sobre el capítulo relativo al acceso a la indemnización en casos transfronterizos y falta del acuerdo unánime, que exige el artículo 308 del TCE, en relación con las normas mínimas de indemnización a las víctimas de delitos.

En estas circunstancias, los atentados terroristas de Madrid del 11 de marzo precipitan los acontecimientos y la Presidencia del Consejo insta a este órgano para que adopte la Directiva antes del 1 de mayo de 2004, proponiendo como solución de compromiso la adopción de una Directiva que contenga las normas de acceso de la indemnización en los casos transfronterizos, completada, en el propio texto, con una serie de preceptos encaminados a garantizar que todos los Estados miembros instauren en sus ordenamientos internos sistemas de indemnización a las víctimas de delitos (74). El Comité de Derecho Civil, en su reunión de 6 de abril de 2004 (75), llega finalmente a un acuerdo en este sentido y el texto definitivo se aprueba por el Consejo el 26 de abril de 2004 (76), publicándose en el «Diario Oficial de la Unión Europea» el 6 de agosto de 2004.

2.3.2 *La Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos*

La Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, *sobre indemnización a las víctimas de delitos*, cuyo contenido se analizará a continuación, establece un sistema de cooperación entre los Estados miembros para facilitar el acceso a una indemnización a las víctimas de delitos en las situaciones transfronterizas (supuestos en los que el delito se comete en un Estado miembro distinto del Estado de residencia de la víctima), con el objeto de paliar las dificultades prácticas y lingüísticas propias de estas situaciones, asegurando a la víctima la posibilidad de dirigirse a una autoridad de su Estado de residencia para tramitar la solicitud de indemnización.

Con esta finalidad, el texto de la Directiva se articula en tres capítulos: el capítulo I regula el procedimiento para tramitar la solicitud, el capítulo II determina la normativa aplicable para resolver sobre la concesión de indemnización y, por último, el Capítulo III contiene toda una serie de disposiciones para la aplicación de la Directiva.

(74) 7752/04 JUSTCIV 49.

(75) 8255/04 JUSTCIV 59.

(76) 8303/04 JUSTCIV 62.

A) Procedimiento para el acceso a la indemnización en situaciones transfronterizas

El artículo 1 de la Directiva reconoce, como principio fundamental del sistema, el derecho a presentar la solicitud de indemnización en el Estado de residencia de la víctima y establece, en los artículos siguientes, el procedimiento para su obtención.

a) *Ámbito de aplicación.* El procedimiento se aplica para tramitar aquellas solicitudes de indemnización derivadas de delitos dolosos violentos, cometidos en un Estado miembro distinto del Estado de residencia habitual de la víctima (art. 1). Quedan fuera del procedimiento previsto, y seguirán el cauce habitual, aquellas indemnizaciones que tienen su origen en delitos imprudentes y en delitos dolosos no violentos que, conforme a la normativa interna de algunos Estados miembros, también dan derecho a indemnización estatal (77).

El artículo 2 impone la responsabilidad del pago a la autoridad del Estado de comisión del delito, que decidirá la cuestión conforme a su normativa interna (art. 12). No obstante, el artículo 17 permite a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones para indemnizar a las víctimas de delitos cometidos fuera de su territorio o a cualquier otra persona afectada por ellos, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con lo dispuesto en la Directiva.

El texto de la Directiva no indica, y ésta es, a mi juicio, una importante laguna, quienes tienen el derecho a solicitar la indemnización, conforme al procedimiento previsto. La ausencia de una disposición en este sentido puede provocar dificultades en la aplicación de la Directiva, dadas las diferencias existentes entre las normativas internas sobre el círculo de posibles beneficiarios del derecho a indemnización derivada de este tipo de delitos (78).

Como la normativa aplicable para resolver sobre la indemnización es la del Estado responsable del pago, cabe pensar que podrán presentar solicitud todos aquellos que, conforme a la citada legislación, tengan reconocido derecho a indemnización. Sin embargo, esta conclusión hay que matizarla puesto que la legislación de algunos Estados miembros reconoce el derecho a indemnización a sus nacionales o residentes, cuando hayan sido víctimas de un delito en el extranjero, si bien imponiendo como condición que el nacional o residente no haya podido obtener una indemnización en el Estado donde se produjo la victimización (79). Por ello, en aquellos casos

(77) *Vid. supra* nota 58.

(78) *Vid. supra* nota 56.

(79) *Vid. supra* nota 57.

en los que no proceda indemnizar de conformidad con la legislación del Estado de comisión del delito, pero sí exista este derecho conforme a la legislación del Estado de la nacionalidad o residencia de la víctima, no hay razón para excluir la tramitación de la petición por esta vía, aunque *prima facie* resulte que va a ser denegada y se realice con la exclusiva finalidad de cumplir la condición exigida por el Estado de la propia nacionalidad.

Por otro lado, la referencia al Estado de residencia como responsable para tramitar la solicitud permite afirmar que podrán acudir al procedimiento previsto los residentes de cualquier Estado miembro y no sólo los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

b) Procedimiento para tramitar la solicitud. Con la finalidad de dotar de efectividad al derecho reconocido en el artículo 1 de la Directiva, el artículo 3 impone a los Estados la obligación de crear dos tipos de autoridades responsables: las denominadas «autoridades de asistencia», cuya función es tramitar la solicitud desde el Estado de residencia de la víctima (art. 3.1), y las denominadas «autoridades de decisión» responsables de resolver sobre la solicitud de indemnización en el Estado de comisión del delito (art. 3.2).

Creadas estas dos clases de autoridades, el procedimiento para tramitar la petición de indemnización es el siguiente:

– La solicitud de indemnización se presentará ante la autoridad de asistencia del Estado de residencia de la víctima, que deberá: facilitar al solicitante información sobre su derecho a la indemnización (80), facilitar los impresos de solicitud y, a petición del solicitante, ofrecer información sobre la forma de cumplimentarla y sobre la documentación acreditativa que debe acompañarse (art. 5, párrafos 1 y 2) (81). La autoridad de asistencia no puede evaluar la solicitud y, en consecuencia, no puede denegar su tramitación, aunque resulte evidente su falta de fundamento (art. 5.3) (82).

(80) En este sentido, el artículo 4 de la Directiva obliga a los Estados miembros a establecer mecanismos que garanticen el acceso a la información sobre las posibilidades de solicitar indemnización a las víctimas de delitos.

(81) A estos efectos, el artículo 14 de la Directiva establece que en el plazo límite del 31 de octubre de 2005 deberán haberse elaborado unos impresos uniformes para la transmisión de las solicitudes y de las resoluciones. Por otro lado, el artículo 11.3 establece que los impresos de solicitud, así como la documentación transmitida no quedarán sujetos a autenticación ni a otras formalidades equivalentes.

(82) En otro sentido, el artículo 17.3 de la Propuesta de Directiva permitía a la autoridad de asistencia denegar la solicitud en el caso de que resultara obvio que no se presentaba de buena fe.

– Presentada la solicitud, la autoridad de asistencia dará traslado de la misma, en el plazo más breve posible, a la autoridad de decisión, adjuntando toda la documentación (art. 6.1).

– Recibida la solicitud, la autoridad de asistencia deberá remitir, a la autoridad de asistencia y al solicitante, la siguiente información: acuse de recibo de la solicitud, persona de contacto o departamento competente encargado del asunto y, si fuera posible, estimación del tiempo que transcurrirá hasta que se adopte una resolución al respecto (art. 7). Por otro lado, y para resolver sobre la solicitud, la autoridad de decisión podrá reclamar información suplementaria (art. 8), o acordar la audiencia del solicitante o de terceras personas, por ejemplo, testigos o peritos (art. 9).

En el caso de que la autoridad de decisión solicite información suplementaria, la autoridad de asistencia aconsejará al solicitante sobre el modo de atender la petición y, si éste lo requiere, remitirá directamente la información a la autoridad de decisión (art. 8).

En el caso de que, de conformidad con la legislación de su Estado miembro, la autoridad de decisión acuerde oír al solicitante o a terceras personas, la audiencia podrá realizarse directamente o en cooperación con la autoridad de asistencia (art. 9.1). En el primer caso, y de conformidad con la legislación del Estado miembro de la víctima, la audiencia podrá realizarse por teléfono o por videoconferencia [art. 9.1.a)]. En el segundo caso, se realizará, también de conformidad con la legislación del Estado de la autoridad de asistencia, que remitirá posteriormente, a la autoridad de decisión, un acta de la audiencia [art. 9.1.b)].

– La autoridad de decisión resolverá sobre la solicitud de indemnización de conformidad con su legislación nacional y, una vez concluido el procedimiento, remitirá su resolución al solicitante y a la autoridad de asistencia, en el plazo más breve posible desde su adopción, y en el impreso uniforme previsto en el artículo 14.

c) El régimen lingüístico previsto para el desarrollo del procedimiento es el siguiente: la solicitud y la información que se transmite entre las autoridades se expresará en cualquiera de las lenguas oficiales, o en una de las lenguas del Estado miembro de la autoridad de decisión que corresponda a una de las lenguas de las instituciones comunitarias, o en otra lengua de las instituciones comunitarias que dicho Estado haya indicado que puede aceptar. Este régimen general tiene dos salvedades: el texto completo de la decisión se expresará en la lengua que determine la legislación del Estado miembro de la autoridad de decisión y los informes de las audiencias realizadas mediante la cooperación del Estado de residencia de la víctima, se redactarán en la lengua que determine la autoridad de asistencia, siempre que ésta corresponda a una de las lenguas de las instituciones comunitarias (art. 11.1).

B) Régimen de la indemnización

Como establece la Directiva en sus consideraciones preliminares y en su artículo 12.1, el sistema de cooperación entre los Estados, para facilitar el acceso a una indemnización, que se recoge en su texto, se basa en los regímenes internos de los Estados miembros para la concesión de indemnización a las víctimas de delitos dolosos violentos. Por ello, y con la finalidad de dotar de efectividad al sistema, el artículo 12.2 obliga a los Estados miembros a garantizar que su legislación interna establezca un sistema de indemnización para las víctimas de esta clase de delitos, cometidos en sus respectivos territorios, que asegure a las víctimas una obtención justa y adecuada. En este sentido, es preciso recordar que, en el momento de publicación de la Directiva, varios Estados miembros, entre ellos Grecia e Italia, carecen de un sistema general de indemnización para todas las víctimas de delitos dolosos violentos. El sistema español será analizado en el epígrafe siguiente.

Ha desaparecido, del texto final de la Directiva, el capítulo relativo a las normas mínimas de indemnización, que sí se contenía, sin embargo, en la Propuesta de la Comisión, adoptándose, por el contrario, la solución transaccional de incluir una disposición en la que se impone, a los Estados miembros, la obligación de instaurar normas que garanticen la indemnización a las víctimas de los delitos cometidos en su territorio. En este sentido, el artículo 18, dentro de las disposiciones para la aplicación de la Directiva, establece que los Estados miembros pondrán en vigor la normativa necesaria para dotar de efectividad a lo dispuesto en el artículo 12.2, antes del 1 de julio de 2005, e informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

C) Disposiciones de aplicación

Por último, el capítulo III de la Directiva contiene toda una serie de disposiciones para su aplicación. En este capítulo se regulan los siguientes aspectos:

a) Plazos. El artículo 18.1 establece que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias, para dar cumplimiento a la Directiva, antes del 1 de enero de 2006, a excepción de lo dispuesto en el artículo 12.2 que, como se indicó, tiene su límite temporal máximo en el 1 de julio de 2005. El número 2 del citado precepto permite a los Estados miembros restringir la aplicación de la citada normativa a aquellos solicitantes cuyas lesiones hayan sido ocasionadas por delitos cometidos después del 30 de junio de 2005.

b) Información. La Directiva exige a los Estados miembros que proporcionen la siguiente información a la Comisión:

– La lista de autoridades de asistencia y de decisión, con indicación de su competencia territorial y material; la lengua o lenguas que las autoridades pueden aceptar a efectos de la solicitud, transmisión de información y audiencias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11; los medios de información sobre posibilidades de información a las víctimas, previstos en el artículo 4 y los impresos de solicitud de la indemnización. Esta información deberá remitirse a la Comisión antes del 1 de julio de 2005 y, con ella, la Comisión, en cooperación con los Estados miembros, elaborará un manual que se publicará en Internet.

– La adopción de la normativa necesaria para dar cumplimiento a lo previsto en la presente Directiva, acompañando el texto de las principales disposiciones. Esta información se transmitirá de forma inmediata y, en todo caso, antes del 1 de enero de 2006.

c) Órganos de seguimiento. El artículo 15 prevé la creación de un Comité, que asistirá a la Comisión, y el artículo 16 obliga a los Estados miembros a designar un punto de contacto central, con las siguientes funciones: colaborar en la elaboración del manual previsto en el artículo 13, promover la cooperación y el intercambio de información entre las autoridades de asistencia y de decisión de los Estados miembros, y prestar ayuda y solucionar las dificultades que puedan surgir en la aplicación del contenido de la Directiva. Estos puntos de contacto se reunirán periódicamente.

d) Disposiciones más favorables. El artículo 17 establece una disposición a favor del mejor derecho, al establecer que la presente Directiva no impedirá a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones más favorables en beneficio de las víctimas de delitos u otras personas afectadas por ellos, o, como ya se indicó, adoptar o mantener disposiciones que permitan indemnizar a las víctimas de delitos cometidos fuera de su territorio o a cualquier otra persona afectada por ellos, siempre y cuando dichas disposiciones sean compatibles con la normativa prevista en la Directiva.

e) Revisión y entrada en vigor. El artículo 19 dispone que, con la fecha límite del 1 de enero de 2009, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva. Por su parte, el artículo 20 establecía una *vacatio legis* de veinte días, a contar desde la fecha de publicación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», de forma que ésta entró en vigor el día 26 de agosto de 2004.

D) Valoración del contenido de la Directiva

Expuesto el contenido de la Directiva, hay que concluir que el texto final se aleja bastante del objetivo inicial, propuesto por distintos órganos de la Unión Europea, de establecer un verdadero sistema de indemnización a las víctimas que garantizase una compensación justa y adecuada a las víctimas de estos delitos, con independencia de su Estado de residencia y del lugar de comisión del delito.

Inicialmente, se pretendía la armonización de las distintas legislaciones de los Estados miembros, con la finalidad de eliminar las divergencias entre ellas. Posteriormente, este objetivo máximo se rebajó al establecimiento de unas normas mínimas sobre indemnización, que garantizasen, al menos, un mínimo común denominador en las legislaciones de los distintos Estados. Por último, el régimen que ha sido finalmente aprobado prescinde, por el momento, de regular el fondo de esta materia y se limita a regular el aspecto procedimental, es decir, las normas de procedimiento para facilitar el acceso a la indemnización en situaciones transfronterizas.

En efecto, como se indicó en otro momento, el procedimiento previsto en la Directiva se apoya sobre la legislación interna de los Estados miembros sobre la indemnización de las víctimas de delitos y, aunque impone la obligación de instaurar normas en este sentido, no proporciona criterios que garanticen una cobertura mínima y uniforme en los distintos Estados. Por ello, dadas las diferencias existentes entre las distintas normativas internas y la ausencia en algunos Estados de sistemas de indemnización estatal, puede afirmarse que el texto de la Directiva no resulta suficiente para crear esa red de seguridad, que garantice a todos los ciudadanos de la UE una protección jurídica adecuada, con independencia del lugar de la Unión en que se encuentren. En este sentido, la normativa aprobada se aleja del objetivo de crear un espacio de libertad, justicia y seguridad en la Unión Europea.

2.4 EL TRATADO CONSTITUCIONAL EUROPEO

El Tratado Constitucional Europeo (83) no contiene un referencia expresa a los derechos de las víctimas de delitos, pero sí reconoce, en su «Carta de Derechos fundamentales», los derechos en los que aquéllos encuentran su fundamento, especialmente el derecho a la libertad

(83) CIG 87/2/04 REV 2, Bruselas, 29 de octubre de 2004.

y a la seguridad (art. II-66) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. II-107).

También encuentran reflejo, en el texto del Tratado, aquellos principios que, hasta la fecha, han servido de marco impulsor para el desarrollo de la política europea de protección a las víctimas: el derecho a la libre circulación de personas (art. I-4.1), la creación de un espacio de libertad, justicia y seguridad, como uno de los objetivos políticos de la Unión, para dotar de efectividad a aquel derecho (art. III-257), y el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (art. I-4.1).

Y, por último, al abordar las cuestiones relativas al «Espacio de libertad, justicia y seguridad», al que aspira convertirse la Unión Europea, el Tratado Constitucional remite a la Ley Marco europea (84) para establecer unas normas mínimas, en relación con los derechos de las personas durante el procedimiento penal y los derechos de las víctimas de los delitos, siempre que ello resulte necesario para facilitar la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza y con respeto a las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Se abre así, a través de la Ley Marco europea, una nueva vía en el camino, recorrido a medias por la normativa europea actualmente vigente, para la creación de la red de seguridad en el territorio de la Unión Europea.

IV. REFERENCIA AL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

En nuestro Derecho positivo se está produciendo un importante avance de cara al reconocimiento de los derechos de las víctimas, que afecta a los problemas básicos de este colectivo, a saber, reparación y asistencia a la víctima y Estatuto jurídico de la víctima durante las actuaciones dirigidas a la persecución del delito. En lo que sigue, y sin ánimo de exhaustividad dada la proliferación normativa en esta materia, interesa analizar, aunque sea brevemente, las normas que perfilan los derechos de las víctimas en nuestro ordenamiento interno, con la finalidad de comprobar si cumplen los mínimos que exige la normativa europea.

(84) De conformidad con lo dispuesto en el artículo I-33, del Tratado Constitucional Europeo, la Ley Marco europea es un acto legislativo que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios.

1. Sistemas de indemnización y reparación del daño causado a la víctima

El sistema español de reparación a la víctima por los daños causados por el delito se articula sobre dos instituciones: la responsabilidad civil derivada de delito, que hace recaer de forma directa sobre el delincuente la obligación de resarcir, y los sistemas estatales de reparación. La primera institución afecta a toda clase de delitos y a cualquier clase de víctimas, mientras que los sistemas estatales de indemnización están previstos para ciertos colectivos de víctimas y en relación con ciertos delitos, que presentan una problemática específica.

En este trabajo interesa el estudio de los sistemas estatales de indemnización y, por ello, no se aborda el análisis de la responsabilidad civil derivada de delito. Sin embargo, es importante destacar algunos aspectos de la regulación española sobre esta materia:

1. La obligación de resarcir de los daños y perjuicios causados por el delito recae de forma principal y directa, igual que en el resto de los ordenamientos jurídicos europeos, sobre el delincuente (art. 109 y siguientes del CP).

2. Quizá el aspecto más relevante de la regulación española, sobre la responsabilidad civil derivada de delito, radique en la posibilidad, ausente en otros ordenamientos jurídicos europeos, de acumular la acción civil a la acción penal en el mismo proceso. Ésta es la regla general en el proceso penal español, si bien resulta posible que el titular de la acción civil renuncie a ella, se reserve la acción para un proceso posterior o, no teniendo interés en ejercer la acción penal, comparezca en el procedimiento a los únicos efectos de ser resarcido (arts. 109 ss de la LECrim). Por otro lado, en el proceso penal español, el Ministerio Fiscal deberá entablar la acción civil junto con la acción penal, haya o no en el proceso acusador particular, salvo que el ofendido renunciara expresamente a su derecho, o hubiera reservado la acción para ejercerla en el proceso civil (arts. 108, 112 y 773, todos de la LECrim).

3. El Código Penal de 1995, ha incorporado una importante novedad en esta materia, al establecer, en el artículo 117, la responsabilidad civil directa de los aseguradores, cuando éstos existan y dentro de los límites de lo contractual o legalmente fijado. Esta posibilidad de ejercitar la acción directa contra el asegurador en el proceso penal, supone una importante ventaja para la víctima, puesto que la responsabilidad civil directa implica solidaridad entre los deudores frente al perjudicado y, al menos en el ámbito de la delincuencia imprudente, el

mejor mecanismo para asegurar el resarcimiento de los daños es obtener una condena a la compañía aseguradora (85).

4. La cuestión sobre la responsabilidad civil se sustancia en pieza separada y se prevén toda una serie de medidas cautelares para su aseguramiento. De la diligente aplicación de estas medidas dependerá, en último término, la efectividad del sistema.

En definitiva, es posible concluir que nuestro Derecho interno cumple, al menos sobre el papel, las exigencias derivadas del artículo 9 de la Decisión Marco, en orden a asegurar la posibilidad de obtener, en el curso del proceso penal, una indemnización a cargo del autor del delito.

No obstante, también en nuestro país se han hecho patentes las insuficiencias de este sistema de reparación y la consiguiente necesidad de completarlo con sistemas de indemnización estatal que, actualmente y por el momento, afectan únicamente a dos colectivos de víctimas: las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, y las víctimas de atentados terroristas. Se trata de ayudas fundadas en el principio de solidaridad, sin que se haya llegado a reconocer, en ninguno de estos dos casos, una responsabilidad civil subsidiaria del Estado como consecuencia del delito.

1.1 VÍCTIMAS DE DELITOS DOLOSOS VIOLENTOS Y CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

La normativa básica aplicable es la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, *de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual* («BOE» núm. 296, de 12 de diciembre) (86), que,

(85) Por otro lado, el artículo 765 de la LECrim, al regular las medidas cautelares en relación con el procedimiento abreviado, establece la posibilidad de que el Juez o Tribunal, en los procesos relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, señale y ordene el pago de una pensión provisional, para atender a la víctima y a las personas que estuvieran a su cargo, hasta el límite del seguro obligatorio.

(86) La normativa de desarrollo de esta Ley es la siguiente: Ley 38/1998, de 27 de noviembre, por la que se modifica la composición de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual («BOE» núm. 285, de 28 de noviembre), y el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual («BOE» núm. 126, de 27 de mayo), en su redacción dada por el Real Decreto 429/2003, de 11 de abril («BOE» núm. 100, de 26 de abril). Por otro lado, hay que citar la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1998, sobre ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual.

Por otro lado, y como ya se indicó, también resulta aplicable, en estos casos, el Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983 («BOE» núm. 312, de 29 de diciembre de 2001).

en su exposición de motivos, se hace eco del secular olvido padecido por la víctima y de la necesidad de una intervención positiva del Estado dirigida a paliar los daños y perjuicios causados a la víctima como consecuencia del delito. Por ello, la Ley tiene como objetivo crear un sistema de «ayudas públicas», de contenido económico, a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (87).

Las «ayudas» económicas previstas en la Ley no tienen la *naturaleza* de una indemnización que, según indica el legislador en la exposición de motivos, constituye una obligación del delincuente que no puede ser asumida sustitutoriamente por el Estado. Se trata, pues, de prestaciones económicas, con cargo a fondos públicos, que encuentran su fundamento en un principio de solidaridad y no en un principio de responsabilidad.

Los *delitos* que generan las ayudas económicas reconocidas en la Ley son los delitos dolosos violentos, con resultado de muerte, lesiones corporales graves, o graves daños en la salud física o mental, y los delitos contra la libertad sexual, aun cuando éstos se perpetraran sin violencia, siempre que, en ambos casos, el delito se hubiere cometido en España (art. 1).

El legislador español acota, pues, los supuestos que dan lugar a resarcimiento estatal a aquellos que son más graves, al restringir las ayudas públicas a los delitos dolosos violentos y, dentro de éstos, a los que generan daños personales especialmente graves (88).

Queda fuera de la cobertura estatal toda la delincuencia imprudente, que se remite al régimen del seguro privado; la delincuencia dolosa que genera daños personales de menor gravedad; y, en todo caso, los daños de carácter patrimonial, dado que no se prevé, a diferencia de otros sistemas, la cobertura de los daños materiales que tienen su origen en un delito doloso violento, en el que también se generan daños personales. La restricción en la cobertura estatal se justifica, en la exposición de motivos, por el impacto económico que supondría su extensión a otros supuestos distintos, indicando que la iniciativa supone un comienzo que permite avanzar en la con-

(87) La Ley 35/1995 también aborda el problema de la asistencia inmediata a la víctima, así como el reconocimiento de alguno de sus derechos, como es el derecho a la información. Estos aspectos serán analizados más adelante al abordar la cuestión del Estatuto jurídico de la víctima en nuestro ordenamiento jurídico.

(88) El artículo 4 de la Ley define lesiones graves como aquellas que menoscaban la integridad corporal o la salud física o mental e incapacitan con carácter temporal o permanente a la persona que las hubiera sufrido, remitiendo a la legislación de la Seguridad Social para fijar la cuantificación del daño.

vicción social sobre la necesidad de intervención estatal en esta materia (89).

Beneficiarios de estas ayudas son las víctimas directas y, en caso de fallecimiento, las víctimas indirectas. Por víctima directa se entiende, según dispone el artículo 2.2 de la Ley, las personas que sufren la lesión como consecuencia directa del delito. Entre las víctimas indirectas se incluyen: el cónyuge o la pareja de hecho del fallecido; los hijos propios o del cónyuge o pareja, siempre que, en ambos casos, dependieran económicamente del fallecido; y, en defecto de los anteriores, los padres de la persona fallecida si dependieran económicamente de ésta (art. 2.3). Si la víctima directa fuera menor de edad, serán beneficiarios a título de víctimas indirectas, sus padres (art. 2.5), pero, en este caso, la ayuda consistirá únicamente en el resarcimiento de los gastos funerarios.

La concesión de la ayuda se condiciona a tres *requisitos*:

a) Como requisito positivo se exige que el beneficiario sea español o nacional de algún Estado miembro de la Unión Europea, o, no siéndolo, tenga su residencia habitual en España o sea nacional de otro Estado que reconozca ayudas análogas a los españoles en su territorio (art. 2). En el caso de las víctimas indirectas, estas circunstancias deben concurrir en ellas, con independencia de la nacionalidad o residencia habitual del fallecido.

b) Como requisito negativo y condición para denegar o reducir la ayuda, se exige que su concesión no resulte contraria a la equidad o al orden público, atendidas las siguientes circunstancias: la posible contribución del beneficiario, con su propio comportamiento, a la comisión del delito o al agravamiento de los perjuicios, sus relaciones con el autor (90); y, por último, su pertenencia a una organización dedicada a las acciones delictivas violentas (art. 3).

c) Por otro lado, la concesión de la ayuda se condiciona a la acreditación de que los hechos fueron denunciados ante la autoridad pública, exigiendo copia de la sentencia firme que ponga fin al proceso penal, o auto de rebeldía, o auto declarando el archivo de la causa

(89) La razón de que los sistemas de indemnización estatal hayan iniciado su andadura en el campo de los delitos dolosos no sólo se debe a cuestiones de impacto presupuestario, sino también a la menor incidencia del seguro privado en estos casos, lo que conlleva una mayor desprotección de esta categoría de víctimas. La misma razón puede estar en la base de la exclusión de los daños de carácter patrimonial, que pueden resultar cubiertos por el seguro privado.

(90) Hay que recordar que el artículo 20 de la Declaración de Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1985, desvincula el reconocimiento de los derechos de las víctimas de su relación familiar con el autor.

por fallecimiento del culpable, o auto de sobreseimiento libre por cumplirse la circunstancia prevista en el artículo 637.3 de la LECrim (exención de responsabilidad criminal de los culpables) o, por último, auto de sobreseimiento provisional por la razón prevista en el artículo 641.2.º de la LECrim, es decir, cuando resulte debidamente acreditada la comisión del delito, pero no existan motivos suficientes para acusar a una determinada persona. El artículo 10 prevé la posibilidad de conceder ayudas provisionales, con anterioridad a la finalización del proceso penal por resolución firme, en los casos en que resulte acreditada la precaria situación en que hubiere quedado la víctima o sus beneficiarios.

El artículo 6 establece los *criterios para fijar el importe* de las ayudas, que no podrán superar, en ningún caso, el importe de la indemnización fijada en la sentencia y consistirán en prestaciones económicas en caso de invalidez temporal, definitiva o muerte (91) y, en el caso de los delitos contra la libertad sexual, los gastos del tratamiento psicológico y, ello, aunque los daños causados no sean determinantes de la incapacidad temporal de la víctima.

Como principio general se establece la *incompatibilidad de las ayudas* previstas en la Ley con la percepción de la indemnización de daños y perjuicios, establecida en sentencia y con las posibles indemnizaciones derivadas de la eventual existencia de un seguro privado o, en el supuesto de incapacidad temporal de la víctima, con el subsidio

(91) El artículo 6.1 establece las siguientes reglas para fijar el importe de la indemnización:

a) De producirse situación de incapacidad temporal, la cantidad a percibir será la equivalente al duplo del salario mínimo interprofesional diario vigente, durante el tiempo en que el afectado se encuentre en tal situación después de transcurridos los seis primeros meses.

b) De producirse lesiones invalidantes, la cantidad a percibir como máximo se referirá al salario mínimo interprofesional mensual vigente en la fecha en que se consoliden las lesiones o daños a la salud y dependerá del grado de incapacitación de acuerdo con la siguiente escala:

Incapacidad permanente parcial: cuarenta mensualidades.

Incapacidad permanente total: sesenta mensualidades.

Incapacidad permanente absoluta: noventa mensualidades.

Gran invalidez: ciento treinta mensualidades.

c) En los casos de muerte, la ayuda máxima a percibir será de ciento veinte mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente en la fecha en que se produzca el fallecimiento.

Por otro lado, el artículo 6.2 establece una serie de coeficientes correctores, que se aplicarán sobre estas cuantías máximas, en atención a la situación económica de la víctima y del beneficiario, el número de personas que dependieran económicamente de ellos y el grado de las lesiones dentro de su escala.

que pudiera corresponder conforme al régimen público de la seguridad social (art. 5).

Por último, y como cierre del sistema, el Estado se subroga en todos los derechos que correspondieren a la víctima contra el autor del delito, hasta el total del importe de la ayuda concedida (art. 13).

1.2 VÍCTIMAS DE ACTOS TERRORISTAS

El legislador español ha venido estableciendo ayudas para las víctimas del terrorismo desde el Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero (art. 7). En la actualidad existe una abundante normativa, estatal y autonómica, sobre esta materia. En el ámbito estatal las normas fundamentales son: la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo («BOE» núm. 242, de 9 de octubre), en su redacción dada por la disposición adicional novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre), y por la Ley 2/2003, de 12 de marzo («BOE» núm. 62, de 13 de marzo) y el Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo («BOE» núm. 305, de 22 de diciembre), en su redacción dada por el Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo («BOE» núm. 65, de 17 de marzo) (92).

(92) Además, contienen disposiciones a favor de estas víctimas, las siguientes normas: disposición adicional vigésima octava de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre); disposición adicional novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social («BOE» núm. 313, de 30 de diciembre), en su redacción dada por el artículo 49 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre); Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social –artículos 93 al 96 y disposición transitoria tercera– («BOE» núm. 315, de 31 de diciembre), en su redacción dada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre. Art. 48), por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre –disposición adicional cuadragésima segunda– («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre), y por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre –artículo 43– («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre), y por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre –artículo 49– («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre); Ley 9/2000, de 22 de diciembre, por la que se concede un crédito extraordinario por importe de 46.624.357.971 pesetas para la atención de los gastos derivados de la ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo («BOE» núm. 307, de 23 de diciembre); el Real Decreto 1576/1990, de 7 de diciembre, por el que se regula la concesión en el sistema de la Seguridad Social de pensiones extraordinarias motivadas por actos de terrorismo («BOE» núm. 294, de 8 de diciembre); el Real Decreto 851/1992, de 10 de julio, por el que se regulan determinadas pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo («BOE» núm. 184, de 1 de agosto), modificado por el artículo 10 y la disposición transitoria única del Real Decreto 38/1998, de 16 de enero («BOE» núm. 15, de 17 de enero);

En general, la normativa relativa a víctimas de actos terroristas es más «generosa» que la relativa a las víctimas de otros delitos dolosos violentos, anteriormente comentada. Las razones de esta mayor protección pueden encontrarse en la especial alarma social que genera este tipo de delitos, en el significado político de los actos terroristas, y en el hecho de que éstos se dirigen, de forma primaria, contra toda la sociedad y contra el Estado, y, sin embargo, en su ejecución afectan de forma indiscriminada a una pluralidad de víctimas individuales, que son las que de forma directa e inmediata sufren sus consecuencias. Por ello, resulta razonable que la sociedad reaccione frente a este tipo de delitos con una especial solidaridad con las víctimas individuales.

En este contexto la Ley 32/1999, de *Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo*, pretende alcanzar dos objetivos básicos: rendir un testimonio de honor y reconocimiento a las víctimas de actos terroristas y establecer un sistema de resarcimiento y compensación específico.

Según el artículo 2.1 de la Ley, *los delitos que originan el derecho a percibir las indemnizaciones en ella previstas son «los actos de terrorismo o los hechos perpetrados por persona o personas integradas en grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y la seguridad ciudadana»*, expresión que resulta similar a la empleada por el artículo 571 del Código Penal para referirse a los «actos de terrorismo».

Nada indica el legislador acerca del *lugar de comisión del delito*, ni exige expresamente que éste se haya cometido en España, lo cual cons-

Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que aprueban determinadas normas procedimentales en materias de Justicia e Interior («BOE» núm. 240, de 7 de octubre); y la Orden INT/2889/2004, de 26 de agosto, por la que se convocan subvenciones destinadas a asociaciones, fundaciones, entidades e instituciones, sin ánimo de lucro, cuyo objeto sea la atención a las víctimas del terrorismo («BOE» núm. 211, de 1 de septiembre).

En el ámbito autonómico, hay que destacar: en la Comunidad Foral de Navarra: el Decreto Foral 254/1988, de 27 de octubre, por el que se regula la concesión de ayudas a los afectados por atentados terroristas («BON» núm. 137, de 11 de noviembre); en la Comunidad de Madrid, Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo («BOCM» núm. 307, de 27 de diciembre), modificada por la Ley 7/1997, de 17 de febrero («BOCM» núm. 42, de 19 de febrero, y «BOE» núm. 207, de 29 de agosto), y el Decreto 5/2000, de 27 de enero, por el que se actualiza el importe de la subvención prevista en el artículo 18 bis de la Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo («BOCM» núm. 307, de 27 de diciembre), modificada por la Ley 7/1997, de 17 de febrero («BOCM» núm. 28, de 3 de febrero); en el País Vasco, el Decreto 214/2002, de 24 de septiembre, por el que se regula el Programa de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo («BOPV» núm. 185, de 30 de septiembre); y en la Comunidad Autónoma Valenciana, la Ley 1/2004, de 24 de mayo, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo («DOGV» núm. 4.762, de 27 de mayo).

tituye desde luego una importante laguna que, si bien ha sido paliada por la disposición adicional segunda, añadida por la Ley 2/2003, de 12 de marzo, no se completa de forma definitiva. En efecto, la citada disposición establece que: «Cuando los actos descritos en el apartado 1 del artículo 2 se hayan cometido fuera del territorio nacional, por personas o grupos cuya actividad terrorista no se desarrolle principalmente en España, el Ministerio del Interior podrá conceder ayudas excepcionales a los españoles víctimas de tales actos, en los términos que reglamentariamente se determinen». Se hace referencia a actos terroristas cometidos por *personas o grupos cuya actividad no se desarrolla principalmente en España*, a los efectos de conceder una ayuda excepcional, es decir, distinta a la que, con carácter general, establece la Ley. Sin embargo, nada se indica sobre los actos terroristas, cometidos en el extranjero, por *personas o grupos cuya actividad terrorista se desarrolla principalmente en España* (organizaciones terroristas españolas que también actúan en el extranjero, especialmente en el sur de Francia). A mi juicio, la falta de referencia expresa a estos supuestos, debe llevar a la conclusión de que están incluidos en el régimen general de la Ley 32/1999, es decir, en el sistema de ayudas ordinarias en ella previsto, puesto que, en otro caso, resultarían de peor derecho las víctimas de actos terroristas cometidos por organizaciones españolas en el extranjero que las víctimas de actos terroristas, cometidos por organizaciones extranjeras, en el extranjero. Sin embargo, sería necesario que el legislador aclarase este extremo, sobre todo, para indicar si, en el primer caso, el derecho a la indemnización se concede sólo a los españoles, como ocurre cuando la organización terrorista es extranjera, o también a los extranjeros, como es el caso en el régimen ordinario.

No todos los *daños causados* por los actos terroristas son resarcibles al amparo de la Ley 32/1999, de forma que, a través de ella, el Estado no asume de forma completa el importe de la responsabilidad civil derivada de esta clase de delitos. Según el artículo 6, sólo resultan resarcibles los daños físicos o psicofísicos que tengan como consecuencia: fallecimiento, gran invalidez, incapacidad permanente absoluta, incapacidad permanente total, incapacidad permanente parcial o lesiones permanentes no invalidantes, y también el secuestro.

La Ley 32/1999 establece una cobertura más amplia que la prevista en la Ley 35/1995, al incluir la privación de la libertad ambulatoria y, dentro de los daños de carácter físico o psicofísico, las lesiones permanentes no invalidantes. No se incluye, sin embargo, la cobertura por daños materiales o morales, aunque éstos tengan su origen en un acto terrorista, que sí quedan cubiertos por la Ley 13/1996, de 30 de

diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, y su Reglamento de desarrollo, donde se recogen una serie de ayudas a las víctimas de actos terroristas, que comprenden:

- Daños ocasionados en las viviendas o en establecimientos mercantiles e industriales, sedes de partidos políticos, sindicatos y organizaciones sociales.
- Gastos de alojamiento provisional mientras se efectúan las obras de reparación de la vivienda habitual.
- Daños causados en vehículos particulares, así como los sufridos por los destinados al transporte de personas o mercancías, salvo los de titularidad pública.

Las ayudas reconocidas en esta Ley, tanto las que se refieren a daños personales como las que se refieren a daños materiales, son acumulables a las indemnizaciones derivadas de la Ley 32/1999.

Beneficiarios de las indemnizaciones previstas en la Ley son las víctimas directas de esta clase de delitos y, en caso de fallecimiento, las personas que hubieren sido designadas derechohabientes en la correspondiente sentencia o sus herederos. En el caso de que no hubiere recaído sentencia, será beneficiario el cónyuge o la pareja de hecho (art. 3).

La Ley 32/1999 nada especifica sobre la nacionalidad del beneficiario, pero el artículo 5.2 de su Reglamento de desarrollo —que exige, entre los documentos que deben acompañarse a la solicitud copia del DNI y NIF, *si se trata de españoles*, o, pasaporte o documento acreditativo de su personalidad, *si poseyera otra nacionalidad*—, aclara la cuestión en el sentido de incluir entre los beneficiarios tanto a los españoles como a los extranjeros y, en este caso, sin ningún tipo de restricción (93), de forma que, también en este aspecto, la cobertura resulta más amplia que la prevista en la Ley 35/1995. La previsión es importante en un país como España que, además de ser un tradicional destino turístico, tiene actualmente una importante tasa de inmigración.

Las *prestaciones* previstas en la Ley 32/1999 son: distinciones honoríficas, indemnizaciones estatales y otro tipo de ayudas materiales, subsidios y exenciones.

(93) Todavía más explícito en este sentido se muestra el Real Decreto 1974/1999, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo, que en su artículo 6.1 a) establece que los solicitantes de las distinciones honoríficas previstas en la Ley deberán hacer constar su nacionalidad.

a) *Las distinciones honoríficas* están recogidas en el artículo 4, que crea la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo y prevé la posible concesión de condecoraciones a los fallecidos (Gran Cruz), heridos y secuestrados (Encomienda). La concesión de estas condecoraciones se condiciona a que sus perceptores no hayan mostrado, en su trayectoria personal o profesional, comportamientos contrarios a los valores representados en la Constitución o en la propia Ley, y a los derechos humanos reconocidos en los Tratados internacionales.

b) *Indemnizaciones*: la Ley 32/1999 atribuye al Estado el deber de pagar las indemnizaciones debidas y no satisfechas, por los responsables de las acciones terroristas a sus víctimas, en concepto de responsabilidad civil derivada de delito (art. 2.1). Aunque la Ley utiliza en este caso el término indemnización, la atribución de la obligación de pago al Estado se realiza con carácter extraordinario y no comporta la asunción de responsabilidad civil subsidiaria por el Estado (art. 2.3). Como señala la exposición de motivos del Reglamento de desarrollo de la Ley, el deber de pago de la indemnización se asume por un principio de solidaridad y no de responsabilidad. Por otro lado, el artículo 8 de la Ley, exige que la víctima trasmita a aquél sus derechos declarados por sentencia, o de no haber sentencia firme, sus expectativas de obtener la declaración judicial de responsabilidad civil. El Estado asume el deber de pagar las indemnizaciones que corresponden a los autores del delito, pero se subroga en el crédito contra estos últimos.

Los *requisitos* para el reconocimiento de las indemnizaciones están previstos en el artículo 5 de la Ley (94) y los criterios para fijar su cuantía se establecen el artículo 6 (95) que, en general, establece indemnizaciones superiores a las previstas en la Ley 35/1995.

(94) El artículo 5 dispone que procederá el abono de las indemnizaciones reguladas en la Ley: a) cuando, en virtud de sentencia firme, se hubiere reconocido el derecho a ser indemnizados en concepto de responsabilidad civil por los hechos previstos en el artículo 2, y b) cuando, sin mediar sentencia, se hubiesen abierto diligencias judiciales o incoado el proceso penal para el enjuiciamiento de estos delitos. En este caso la condición de víctima podrá acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho.

(95) En caso de que exista sentencia judicial, la cuantía a percibir será la fijada en sentencia. En caso de no existir sentencia en este sentido, la Ley cuantifica los daños del siguiente modo:

- a) Fallecimiento: 138.232,78 euros.
- b) Gran invalidez: 390.657,87 euros.
- c) Incapacidad permanente absoluta: 96.161,94 euros.
- d) Incapacidad permanente total: 48.080,97 euros.
- e) Incapacidad permanente parcial: 36.060,73 euros.

Las indemnizaciones previstas en la Ley 32/1999 son compatibles con todas aquellas pensiones, ayudas, compensaciones o resarcimientos a las víctimas del terrorismo previstas en las Leyes (art. 6.5). Así, son compatibles:

- Con las ayudas específicas previstas en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (arts. 93 a 96), y en su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 1211/1997) (96).

- Con las pensiones extraordinarias previstas para las víctimas del terrorismo (97).

- Con las indemnizaciones percibidas en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración (98).

f) Lesiones permanentes no invalidantes: lo que resulte de la aplicación del baremo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

g) En cuanto al secuestro, la Ley remite a lo que se disponga reglamentariamente, indicando únicamente que no podrá rebasar los 6 millones de pesetas. Por su parte el Real Decreto 1912/1999 prevé una indemnización de 2 millones de pesetas por el mero acto del secuestro y 30.000 pesetas por cada día de duración del mismo, hasta el límite de 6 millones.

La cuantificación legal determina la cantidad invariable mínima que percibirán las víctimas de actos terroristas, puesto que, en el caso de que la indemnización fijada en sentencia sea menor, el artículo 6.2.a) de la Ley dispone que el Estado abonará la diferencia.

(96) Las ayudas económicas previstas en la Ley 13/1996 se consideran derivadas de una exigencia de solidaridad social y, por tanto, son compatibles con las cuantías que el actor pueda recibir como pago de obligaciones de responsabilidad civil en que puedan haber incurrido los autores de los actos terroristas y son acumulables a ellas. Como se ha indicado, la Ley 13/1996 cubre más daños que la Ley 32/1999, pero la cuantía indemnizatoria es, por lo general, menor.

(97) El derecho a percibir una pensión extraordinaria por razón de terrorismo nace en el caso de sufrir lesiones permanentes invalidantes, o en caso de fallecimiento. En nuestro Derecho se ha ido desarrollando un sistema cada vez más amplio de pensiones extraordinarias en caso de terrorismo que, inicialmente, se dirigía sólo a favor del personal civil y militar de las Administraciones Públicas que fuera víctima de los atentados y, finalmente, se reconoce a todos los ciudadanos, se encuentren o no afiliados a la Seguridad Social (disposición adicional vigésimo octava de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, y Real Decreto 851/1992, de 10 de julio, modificado por el Real Decreto 38/1998, de 16 de enero).

(98) Cuando concurren los requisitos establecidos por la legislación administrativa para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, la víctima podrá compatibilizar la indemnización obtenida por este concepto con las cantidades previstas en la Ley 32/1999. En este sentido, la jurisprudencia ha declarado en alguna ocasión la responsabilidad civil de la Administración por daños ocasionados por el terrorismo, así, la STS de 27 de diciembre de 1988 condenó a la Administración a pagar una indemnización de 15 millones de pesetas, declarando compatible esta cantidad con las ayudas entonces previstas para las víctimas del terrorismo (Decreto-ley 3/1979).

– Con las cantidades percibidas del Consorcio de Compensación de Seguros (99).

c) *Otras ayudas*: por último, el artículo 7 de la Ley 32/1999 prevé otro tipo de ayudas para las víctimas del terrorismo, que consisten en:

– Exención de todo tipo de tasas académicas, en todos los niveles de enseñanza a favor de las víctimas, sus cónyuges e hijos.

– Ayudas específicas destinadas a financiar tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas que no hayan sido cubiertos por un sistema público o privado de aseguramiento, o por el régimen estatal o autonómico de ayudas a las víctimas del terrorismo, y cuya necesidad actual resulte acreditada.

– Y, por último, el artículo 13.1 prevé la exención fiscal respecto a las cantidades percibidas en concepto de indemnización al amparo de la Ley.

1.3 CONCLUSIONES

A tenor de lo expuesto, es posible concluir que nuestro Derecho interno cumple las exigencias mínimas, derivadas de la normativa europea, en materia de reparación e indemnización a víctimas de delitos.

En primer lugar se cumple la exigencia, establecida en el artículo 9 de la Decisión Marco, en orden a garantizar la posibilidad de obtener una indemnización a cargo del infractor, en el marco del proceso penal, y arbitrar las medidas necesarias para que ésta se pueda hacer efectiva. Por ello, las deficiencias que se observan en este sistema no pueden achacarse, en principio, a deficiencias en su regulación legal, sino a las propias insuficiencias intrínsecas de este tipo de sistema, así como a cierta desidia en la aplicación de los mecanismos legales dirigidos a asegurarlo.

En segundo lugar, también se cumplen las exigencias derivadas de la Directiva sobre indemnización a víctimas de delitos, respecto a la existencia de sistemas estatales de reparación e indemnización a la víctima, con cargo a fondos públicos. En nuestro Derecho conviven, actualmente, tres sistemas distintos: el sistema derivado del Convenio europeo de 24 de noviembre de 1983, el sistema derivado de la

(99) El Consorcio de Compensación de Seguros cubre los daños causados a las personas y los bienes, producidos por ciertos acontecimientos extraordinarios, entre ellos, los actos terroristas, siempre que se den los supuestos previstos en el artículo 8 de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, que establece el Estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros.

Ley 35/1995 y el sistema derivado de la Ley 32/1999, que, en su conjunto, se encuentran en un punto intermedio en relación con la legislación del resto de los Estados miembros de la Unión Europea.

Así, nuestro sistema es bastante generoso en lo que respecta a la nacionalidad de los beneficiarios, al reconocer el derecho a la indemnización estatal a los españoles, a los residentes en España, a los nacionales de cualquier Estado miembro de la Unión Europea y a los extranjeros no residentes, sin restricción en el caso de actos terroristas, y con la única limitación de la reciprocidad en el Estado de nacionalidad de la víctima, en el caso de las víctimas de delitos dolosos violentos o contra la libertad sexual.

Por otro lado, y en lo que respecta a los daños resarcibles no se reconoce derecho a indemnización en el caso de daños personales derivados de delitos imprudentes, daños personales leves derivados de delitos dolosos y, en ninguno de los dos casos, daños de carácter patrimonial, a excepción de las previsiones contenidas en la Ley 13/1996 para ciertos daños patrimoniales derivados de actos terroristas. Estos daños sí encuentran cobertura en la legislación de alguno de los Estados de la Unión.

Por último, no contiene nuestro Derecho una previsión general sobre la posibilidad de indemnizar a los españoles, que hayan sido víctima de un delito en el extranjero, cuando no haya sido posible obtener una indemnización en el Estado de comisión del delito. La única previsión en este sentido es la contenida en la disposición adicional segunda de la Ley 32/1999, respecto a actos terroristas, comentada en su momento.

Por ello, quizá sean estos dos últimos aspectos los que puedan marcar las líneas de un futuro avance de nuestra legislación interna en esta materia.

2. El Estatuto jurídico de la víctima en el Derecho positivo español

En nuestro Derecho interno no existe una norma específica en la que se defina el Estatuto jurídico de la víctima durante las actuaciones dirigidas a la investigación y persecución del delito. Por el contrario, los derechos de las víctimas se reconocen, de forma fragmentaria y dispersa, en diversas normas, entre las que destacan la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyas últimas reformas han introducido importantes avances en esta materia (100), y la Ley 35/1995, de ayudas a las vícti-

(100) Han afectado a esta materia, las siguientes Leyes: Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección de

mas de delitos violentos y contra la libertad sexual, que también contiene disposiciones en este sentido. En lo que sigue, se intentará recopilar el conjunto de derechos que la víctima tiene reconocidos en nuestro ordenamiento, indicando las líneas generales de su regulación.

A) *Derecho a participar en el proceso.* Este derecho puede desglosarse en dos aspectos: el derecho de la víctima a constituirse en parte en el proceso penal, ejerciendo las acciones pertinentes, y el derecho de la víctima a ser oída y a intervenir en las actuaciones, sin necesidad de personarse como parte en el proceso.

a) El derecho *al ejercicio de la acción penal* tiene un amplio reconocimiento, dado que en el ordenamiento jurídico español, a diferencia de lo que ocurre en las legislaciones de otros países de nuestro entorno, el ejercicio de la acción penal no es un monopolio del Ministerio Fiscal (101), sino que es pública y puede ser ejercida por cualquier ciudadano español, haya sido o no ofendido por el delito (arts. 101 y 270 de la LECrim). También pueden ejercer la acción penal los ciudadanos extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes, o las personas o bienes de sus representados (art. 270.II, en relación con los arts. 280 y 281, todos de la LECrim). Por tanto, en nuestro ordenamiento, la víctima puede actuar en el proceso como «acusador particular» y cualquier ciudadano español puede ejercer la «acción popular» (102). Además, este derecho encuentra un reconocimiento

víctimas de violencia doméstica y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Ley 38/2002, de 24 de octubre, de Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado; Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en materia de prisión provisional; 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, y Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.

(101) Así, en el ordenamiento jurídico italiano y en el alemán, el monopolio de la acusación recae sobre el Ministerio Fiscal.

(102) Tradicionalmente se denomina «acusador particular» al ciudadano, distinto del Ministerio Fiscal, que ejercita la acción penal. No obstante, también es frecuente distinguir entre la «acusación popular» y la «acusación particular» en sentido estricto para designar, en el primer caso, al ciudadano no ofendido por el delito, que ejerce la acción penal, y, en el segundo caso, a la víctima que ejercita esa acción (cfr. FERNÁNDEZ FUSTES, M.^a D., *La intervención de la víctima en el proceso penal. Especial referencia a la acción civil*, Valencia, 2004, pp. 37 ss.). La LECrim no recoge esta distinción, pero establece algunas particularidades, en atención a que la acusación particular se ejerza o no por la víctima, así: 1.º) el acusador popular debe comparecer por medio de Procurador con poder especial y Letrado, sin que pueda serle nombrado de oficio, mientras que el ofendido tiene derecho a que se le designe

explícito en el artículo 125 de la Constitución, en lo que se refiere, a la acción popular, si bien, en lo que a la víctima respecta, se deriva ya directamente del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 de la Constitución), y tiene, en consecuencia, rango de derecho fundamental.

La constitución en parte puede realizarse, bien mediante la interposición de querrela (art. 270.I de la LECrim), o bien, ya iniciado el proceso, mediante el denominado «ofrecimiento de acciones» (109 de la LECrim). En ambos casos, los ofendidos o perjudicados por el delito pueden ejercer la acción penal y civil conjuntamente, renunciar a esta última o reservarla para un proceso posterior, o ejercer únicamente la acción civil derivada del delito, actuando, entonces, como actores civiles. Una vez que la víctima se persona en el proceso como acusador particular, actúa en éste como parte principal, con plenitud de derechos procesales, instando lo que su derecho convenga y con una posición procesal independiente a la del Ministerio Fiscal.

Ahora bien, aunque la víctima tenga la posibilidad de constituirse en parte para ejercer la acción penal, carece de poder dispositivo sobre el proceso, porque no es titular de la relación jurídica que constituye su objeto. Así, en los delitos públicos y semipúblicos, el acusador particular, al ejercer la acción penal, lo que afirma en el proceso, delante de su interés particular, es el *ius puniendi* del Estado, es decir, el derecho subjetivo de penar que corresponde al Estado.

No obstante, esta afirmación hay que matizarla. En los delitos semipúblicos no rige el principio general de iniciación de oficio, sino que el proceso sólo puede iniciarse válidamente previa denuncia de la persona agraviada, que, en este caso, constituye un acto por el que ésta manifiesta su voluntad de que se inicie el proceso (103). En los delitos

de oficio cuando no lo hubiese nombrado por sí mismo (art. 118.III); 2.º el acusador popular debe constituir fianza de la clase y cuantía que el Juez determine para responder de las resultas del juicio (art. 280), mientras que el acusador particular está exonerado de cumplir tal deber (art. 281); y 3.º el acusador popular tiene unas limitaciones en su legitimación (arts. 102 y 103) que no se aplican al acusador particular (cfr. MUERZA ESPARZA, J., en DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal*, 6.ª ed., 2003, p. 149). Por otro lado, la acción popular sólo puede ejercerse en los delitos públicos (la mayoría), quedando excluidos los delitos semipúblicos, cuya persecución exige la previa denuncia del ofendido por el delito, y los delitos privados, que sólo pueden ser perseguidos por la persona ofendida (acusador privado), mediante interposición de la oportuna querrela y sin intervención del Ministerio Fiscal.

(103) En los delitos semipúblicos la legitimación activa para iniciar el proceso se atribuye a la persona agraviada o a su representante legal y, en el caso de que los agraviados sean menores de edad, incapaces o personas desvalidas, también se reconoce legitimación al Ministerio Fiscal.

privados, el ejercicio de la acción penal se atribuye en exclusiva al agraviado que debe iniciar el proceso mediante querrela necesaria y privada y mantener la acusación, sin que pueda intervenir el Ministerio Fiscal. Y, por último, el artículo 130.4 del Código Penal recoge, entre las causas de extinción de la responsabilidad criminal, el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea (104).

b) Derecho a *intervenir en las actuaciones y a ser oída durante el proceso*. Pues bien, junto a este derecho al ejercicio de la acción penal, que sí encuentra suficientemente reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico positivo, es posible hablar de un derecho de la víctima a ser oída durante el proceso e intervenir en las actuaciones, sin necesidad de constituirse en parte, expresamente establecido en la Decisión Marco (arts. 3 y 4.2), y que, sin embargo, no cuenta con suficiente reconocimiento en nuestro Derecho.

En efecto, la víctima puede tener un interés legítimo en tener conocimiento de determinadas actuaciones que le permitan seguir el curso del proceso (lugar y fecha de celebración de la vista, por ejemplo) o de determinadas resoluciones que pueden afectar a su seguridad (puesta en libertad de la persona inculpada o condenada por la infracción o resoluciones relativas a determinadas medidas cautelares). Las últimas reformas procesales, si bien con carácter fragmentario, han introducido algunas disposiciones en este sentido, que, en la medida en que también afectan al derecho a la información o al derecho a la seguridad de la víctima, serán analizadas al hilo del comentario sobre el contenido de estos derechos.

Pero, además, según se desprende de la Decisión Marco, la víctima tiene un derecho a ser oída durante las actuaciones penales que, en nuestro ordenamiento, sólo se puede hacer efectivo si la víctima está personada en el proceso. En mi opinión, esta restricción no se justifica, dados los costes personales y económicos que puede suponer la participación en un proceso penal, y podría resultar conveniente arbitrar medidas para la intervención puntual de la víctima, que no es parte, en el proceso penal.

En este sentido, llama la atención la regulación actualmente existente de la diligencia de declaración de la víctima durante la fase de instrucción del sumario. Nuestra LECrim no regula esta declaración como una diligencia autónoma, en paralelo a la declaración del impu-

(104) El perdón del ofendido puede desplegar sus efectos en los delitos privados (injurias y calumnias contra particulares), en algunos delitos semipúblicos (descubrimiento y revelación de secretos, injurias contra funcionarios públicos, y daños causados por imprudencia grave) y en las faltas perseguibles a instancia de parte.

tado, lo que ha llevado a encuadrarla dentro de las declaraciones de los testigos. Pues bien, la equiparación de la declaración de la víctima a la declaración de los restantes testigos resulta, a mi juicio, especialmente inadecuada, porque la víctima no tiene la condición de tercera persona ajena al proceso que tienen los restantes testigos, y menos aún cuando se ha constituido en parte, y porque lleva a configurar su declaración como un deber de la víctima y no como uno de sus derechos. Por ello, estimo que, de *lege ferenda*, resultaría conveniente incluir un trámite de declaración del ofendido, del mismo modo que se ha regulado la declaración del imputado, como una diligencia autónoma.

c) Por último, es preciso hacer referencia a las disposiciones, contenidas en nuestro ordenamiento, dirigidas a facilitar el acceso a la justicia, en el caso de que la víctima sea extranjera.

– Con la finalidad de paliar las dificultades derivadas del idioma, la LECrim prevé la posibilidad de nombrar un intérprete (arts. 398, 440, 441 y 762. 8.ª).

– Por otro lado, el artículo 229 de la LOPJ establece una previsión general en el sentido de permitir que las actuaciones judiciales se realicen a través de videoconferencia u otro sistema similar, cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal.

– No se prevé, sin embargo, la posibilidad de presentar denuncia ante las autoridades competentes del Estado de residencia de la víctima, que sí está prevista, sin embargo, en el artículo 11 de la Decisión Marco.

B) *Derecho a ser tratada, en todas las fases del procedimiento, con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.* Este derecho ha sido reconocido por la Ley 35/1995, en su artículo 15.3. Por otro lado, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Autonómicas y Locales, establece como uno de los principios básicos de la actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la obligación de «observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos».

Las referidas disposiciones cumplen las exigencias derivadas de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Decisión Marco, en orden al reconocimiento de este derecho, aunque se echa de menos una mención al respecto, y en relación a todos los sujetos que intervienen durante las actuaciones, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por otro lado, la efectividad de este derecho no depende tanto de su reconocimiento explícito, sino de la existencia de programas de for-

mación, dirigidos a las personas que están en contacto con las víctimas, sobre cuál es la situación de los distintos grupos de víctimas y sobre cuáles son sus necesidades, estableciendo los correspondientes protocolos de actuación en esta materia. Este aspecto es de especial importancia respecto a las víctimas especialmente vulnerables (menores, incapaces, víctimas de delitos sexuales), expresamente mencionadas en el artículo 2.2 de la Decisión Marco, en el sentido de obligar a los Estados a procurar un trato específico a este tipo de víctimas, que responda de la mejor manera posible a su situación.

C) *Derecho a la asistencia social.* Encuentra su reconocimiento en la Ley 35/1995 que, además de establecer un sistema de ayudas económicas para las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, prevé toda una serie de medidas asistenciales que resultan aplicables a todo tipo de víctimas. Con ello se diferencia entre el concepto de «ayuda económica» y la «asistencia a la víctima» y se pretende generalizar la atención psicológica y social a las víctimas de todos los delitos.

El concepto de «asistencia a la víctima» comprende, a tenor de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley, asistencia material y psicológica inmediata. Para este fin, y éste quizá sea uno de los aspectos más relevantes de la Ley 35/1995, se crean las *Oficinas de asistencia a las víctimas* (art. 16), cuya función es informar a la víctima en relación con los derechos reconocidos en la citada Ley, orientarla y ayudarla en la tramitación de las solicitudes de ayuda económica, y prestar atención psicológica y material a todo tipo de víctimas, canalizando las primeras necesidades y atendiendo las más perentorias que se produzcan como consecuencia del delito. Actualmente, existen Oficinas de esta naturaleza en todas las capitales de provincia y se están extendiendo a otras poblaciones. Están gestionadas por el Ministerio de Justicia o por las Comunidades Autónomas y desempeñan una importante función de asistencia y orientación a la víctima, dirigida a evitar los efectos de la victimización secundaria.

Además de las previsiones expuestas, la LECrim contiene algunas disposiciones relativas a la primera asistencia a la víctima. Así, el artículo 336 establece la preferencia del auxilio a los perjudicados, sobre la práctica de las diligencias de comprobación del delito y el artículo 770 incluye, entre las primeras diligencias a realizar por la Policía judicial desde el momento en que tenga conocimiento de la comisión de un delito, la de requerir la presencia de personal sanitario o facultativo para prestar, si fuere necesario, los oportunos auxilios al perjudicado.

A pesar de estas previsiones, quizá sea éste uno de los aspectos donde se observan las mayores carencias. Los mecanismos de asistencia inmediata a la víctima existen, pero resultan bastante desconocidos, de forma que deben ser completados con unos canales de información que transmitan adecuadamente a la víctima noticia sobre los organismos, instituciones y prestaciones sociales, legalmente establecidas a su favor.

Por otro lado, se observa cierto déficit en relación con los mecanismos de resocialización de la víctima a largo plazo. Así, resultaría aconsejable ampliar la previsión contenida en la Ley 35/1995 sobre tratamiento psicológico de carácter terapéutico, prevista actualmente para las víctimas de delitos contra la libertad sexual, a otro tipo de víctimas, que también necesitan tratamiento psicológico para su recuperación, dado que este tipo de gastos no se cubre en principio por la Seguridad Social.

D) *Derecho a la intimidad.* El artículo 15.5 de la Ley 35/1995 impone al Ministerio Fiscal la obligación de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o afecte a su dignidad. No se especifican en la citada Ley, sin embargo, las medidas que puede adoptar el Ministerio Público para hacer efectivo este derecho, que serán las generales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (105).

E) *Derecho a la seguridad.* Este derecho, que afecta tanto a la seguridad física como a la seguridad moral y psicológica de la víctima, tiene un importante reflejo normativo en nuestro ordenamiento. Por un lado, existe en nuestro país un programa de protección de peritos y testigos en causas criminales, creado por la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, que no sólo es beneficio de la víctima. Por otro lado, las últimas reformas de la LECrim han introducido importantes previsiones en este sentido.

La Ley Orgánica 19/1994 prevé toda una serie de medidas de protección para los peritos y testigos en causas criminales (art. 1.1), que la autoridad judicial podrá aplicar, de oficio o a instancia de parte (art. 2), cuando aprecie un «peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga situación de afectividad o sus ascen-

(105) En la Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de Peritos y Testigos en Causas Criminales, se establecen medidas de protección a la intimidad, que no se recogen en este apartado porque constituyen un medio para hacer efectivo el derecho a la seguridad, que es la finalidad primaria de las medidas previstas en esta Ley.

dientes, descendientes o hermanos» (art. 1.2). Las medidas de protección previstas, que afectan a toda clase de víctimas en su calidad de testigos y a sus familiares, son las siguientes:

a) Medidas dirigidas a *preservar la identidad* del perito o testigo:

– El órgano judicial podrá adoptar las siguientes decisiones: que no consten en las diligencias datos que puedan servir para la identificación del perito o testigo, pudiéndose utilizar para ello un número o cualquier otra clave [art. 2.a)]; que comparezcan para la práctica de diligencias de forma que se imposibilite su identificación visual normal [art. 2.b)]; y que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial [art. 2.c)].

– Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial evitarán que se hagan fotografías a los peritos o los testigos o que se grabe su imagen por cualquier otro procedimiento, debiendo retirar el material que contraviniera esta prohibición (art. 3.1).

b) Medidas dirigidas a *preservar su seguridad*, tales como: protección policial durante y después del proceso, a instancia del Ministerio Fiscal; traslado en coche oficial a las dependencias judiciales o al lugar donde hubieren de practicarse las diligencias y estancia en local reservado para su uso exclusivo, convenientemente custodiado, durante el tiempo que permanezcan en las dependencias judiciales; y, en casos excepcionales, se podrá facilitar, al perito o al testigo, documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo (art. 3.2).

Para conciliar los intereses en conflicto, la Ley arbitra un sistema de recursos, dirigidos a hacer efectivo el derecho de defensa (arts. 2 y 4).

Junto a estas medidas, las últimas reformas de la LECrim crean o refuerzan los mecanismos existentes en nuestro Derecho para la protección a las víctimas durante las actuaciones dirigidas a la investigación del delito y, principalmente, durante el proceso penal. Las principales novedades en esta materia son las siguientes:

a) El artículo 13 de la LECrim, modificado por la Ley Orgánica 14/1999 y por la Ley Orgánica 27/2003, establece que se considerará como *primera diligencia la de proteger a los ofendidos y perjudicados por el delito y a sus familiares*, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares previstas en el artículo 544 *bis* o la orden de protección prevista en el artículo 544 *ter* de la Ley.

b) El último párrafo del artículo 109 de la LECrim (introducido por la Ley Orgánica 14/1999) establece que, en los procesos por delitos previstos en el artículo 57 del Código Penal (homicidio, aborto, lesiones, delitos contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico), el Juez asegurará la *comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad*.

c) El artículo 544 *bis*, introducido por la Ley Orgánica 14/1999 y modificado por la Ley Orgánica 27/2003, prevé, además de las ya existentes, toda una serie de *medidas cautelares de carácter penal*, que podrán ser adoptadas por el órgano jurisdiccional, cuando investigue un delito de los previstos en el artículo 57 del Código penal, siempre que resulte estrictamente necesario para la protección de la víctima.

Las medidas cautelares previstas son las siguientes: a) prohibición de residir en un determinado lugar; b) prohibición de acudir a determinados lugares o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas. En caso de incumplimiento de estas medidas por el imputado, el Juez le convocará a los efectos de acordar la prisión provisional, la adopción de la orden de protección prevista en el artículo 544 *ter* u otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal.

Por otro lado, el artículo 503.1. ap. c) (modificado por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, y por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre) establece entre las finalidades que puede perseguir la prisión provisional la de «evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal». En estos casos no será de aplicación el límite que respecto a la pena prevista para el delito establece el número primero del citado precepto. En similar sentido se pronuncia el artículo 503.1 respecto a la detención o prisión incomunicadas.

d) La Ley Orgánica 14/1999, que modifica los artículos 448, 455, 707 y 713 de la LECrim, establece la posibilidad de que los testigos menores de edad declaren de forma que se evite la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba, y dispone que no se practicarán careos con testigos menores de edad, salvo que el Juez lo estime imprescindible y no lesivo para el interés del menor, previo informe pericial de esta circunstancia. Estas medidas afectan a la seguridad moral de la víctima y están dirigidas a prevenir el daño psicológico que estas actuaciones procesales pueden producir sobre este grupo de víctimas.

e) Por último, el artículo 544 *ter*, añadido por la Ley 27/2003 y modificado por la Ley Orgánica 15/2003 (106), introduce la *orden de Protección*. El nuevo instrumento legal confiere, a las víctimas de violencia doméstica, un estatuto integral de protección, que comprende medidas cautelares, de orden penal y civil, y mecanismos de asistencia y protección social.

La orden de protección puede dictarse a favor de cualquiera de las personas previstas en el artículo 173.2 del Código Penal (107), desde el momento en que existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad, y siempre que resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima, que justifique la adopción de alguna de las medidas de protección previstas en el precepto. El Juez dictará la orden de oficio (108), a instancia de alguna de las personas que mantuvieren con la víctima alguna de las relaciones previstas en el artículo 173.2 del Código Penal, o a instancia del Ministerio Fiscal.

(106) Para el seguimiento de las medidas previstas en la Ley, y en cumplimiento de lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley, la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica ha elaborado dos protocolos: a) el Protocolo para la implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, cuyo fin es hacer efectivas las medidas previstas en la orden, recogiendo un protocolo general de actuación que hará posible el correcto funcionamiento de los mecanismos de protección, y b) el Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, cuyo fin es asegurar la coordinación de las medidas de protección y seguridad adoptadas por los Jueces y Tribunales y por las Administraciones públicas, evitando que existan resoluciones contradictorias.

(107) El artículo 173.2 tipifica el maltrato doméstico entre los delitos de torturas, e incluye, dentro del círculo de posibles víctimas, a: la persona que sea o haya sido cónyuge o pareja de hecho del maltratador, los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

(108) A estos efectos, el artículo 544 *ter* dispone que, sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de la LECrim, las entidades u organismos asistenciales que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos en conocimiento del Juez de guardia o del Ministerio Fiscal, con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

Los mecanismos de protección previstos en el precepto son los siguientes:

– Medidas dirigidas a la *protección física de la víctima*, con las que se pretende evitar que el agresor pueda acercarse a la víctima y cometer nuevas agresiones. Para ello se prevé la posible adopción de cualquiera de las medidas cautelares penales previstas en la legislación procesal criminal (prisión provisional, prohibición de aproximación, prohibición de comunicación, prohibición de residencia u otras medidas –art. 544 *ter.6* de la LECrim–), y se establece el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas de protección adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor (art. 544 *ter.9* de la LECrim).

– Medidas dirigidas a la *protección jurídica de la víctima*. Para ello, y cuando existan hijos menores o incapaces, se prevé la posibilidad de adoptar toda una serie de medidas de carácter civil, tales como: suspensión del régimen de visitas, retirada de la custodia, atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, fijación de la prestación alimentaria, u otras medidas (art. 544 *ter.7* de la LECrim).

– Medidas de *asistencia y protección social*. La orden de protección activa las prestaciones sociales a favor de la víctima, establecidas por el Estado, las Comunidades Autónomas o las Corporaciones locales, es decir, los mecanismos públicos de asistencia social, jurídica, sanitaria o psicológica y, en particular, se activa el derecho a obtener la renta activa de inserción gestionada por el INEM. A estos efectos, el Juez comunicará, de forma inmediata, a las Administraciones Públicas la adopción a favor de la víctima de la orden de protección.

El procedimiento previsto en la Ley es simple y rápido y está dirigido a proporcionar una protección de carácter inmediato.

A tenor de lo expuesto, es posible concluir que el derecho a la seguridad de la víctima encuentra un amplio reconocimiento en nuestro Derecho positivo. Sin embargo, su regulación todavía presenta algunas deficiencias de cara a adaptar nuestra legislación a las exigencias de la Decisión Marco. Para ello, y con la finalidad de dar cumplimiento a las exigencias establecidas en los artículos 3.8 y 4.3 de la Decisión Marco, resultaría aconsejable adoptar las siguientes medidas:

a) Generalizar el uso de las salas reservadas a las víctimas, previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de protección de peritos y testigos, y establecer una previsión semejante en las dependencias policiales.

b) Extender la posibilidad de declarar de forma que se evite la confrontación visual con el imputado, prevista en los artículos 448 y 707 en relación con los menores de edad, a todas las víctimas especialmente vulnerables.

c) Generalizar la información sobre la situación procesal y penitenciaria del imputado, especialmente en lo relativo a su puesta en libertad, prevista en los artículos 544 *ter* y 109 de la LECrim, a todos los supuestos en que resulte apreciable riesgo para la víctima y ésta lo solicite, tal como exige el artículo 4.3 de la Decisión Marco.

E) *Derecho a la información.* El derecho a la información está recogido, con carácter genérico, en el artículo 5.2.b) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, al establecer que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad proporcionarán información cumplida y tan amplia como sea posible sobre las causas y la finalidad de sus intervenciones. Se trata, pues, de una información genérica que se refiere a todos los ciudadanos.

La Ley Orgánica 35/1995, de 11 de diciembre, reconoce, con carácter específico, el derecho a la información de la víctima que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 15, comprende los siguientes extremos:

a) Los Jueces y Magistrados, miembros de la Carrera Fiscal y funcionarios públicos que intervengan por razón de su cargo en la investigación de los delitos previstos en la citada Ley, tienen el deber de informar a las víctimas sobre la *posibilidad y el procedimiento para solicitar las ayudas reguladas en la Ley*. No se indica en qué momento de las actuaciones debe proporcionarse esta información. Idéntica función se atribuye a las oficinas de asistencia a la víctima que, además, deberán orientar y ayudar a la víctima a tramitar las solicitudes.

b) Las autoridades policiales encargadas de la investigación, tienen la obligación de informar a la víctima del *curso de las investigaciones*, salvo que con ello se ponga en peligro su resultado. Tampoco se indica cómo y cuándo debe proporcionarse esta información, pero resulta posible entender que se proporcionará tal información cuando la víctima lo solicite.

c) Se establece que la víctima tiene derecho a ser informada sobre las *posibilidades de obtener la restitución y reparación del daño sufrido* y sobre las posibilidades de obtener el *beneficio de justicia gratuita*, así como de la *fecha y lugar de celebración del juicio y de la resolución que recaiga*. La citada Ley no indica quién, cómo y cuándo debe proporcionar esta información.

La Ley Orgánica 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incide sobre esta materia y detalla y perfila el contenido del derecho a la información, al introducir las siguientes disposiciones:

a) De conformidad con la nueva redacción de la regla primera del artículo 771 de la LECrim, la Policía Judicial, en el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante la detención (109), cumplirá los deberes de información a las víctimas que prevé la legislación vigente y, en particular, informará de los derechos reconocidos en los artículos 109 y 110 de la LECrim. Esta información que, según dispone el precepto, debe realizarse por escrito, comprende los siguientes extremos:

– Se informará al ofendido de su derecho a mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela y a renunciar o no a su derecho a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible (art. 109). De la interpretación sistemática del artículo 771 y el artículo 109 se deduce que si el ofendido no tuviere capacidad legal, esta información se transmitirá a su representante legal.

– Se informará tanto al ofendido como al perjudicado de su derecho a mostrarse parte en la causa, si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito, para ejercitar las acciones civiles y penales que correspondan, o solamente unas u otros, según les conviniere. Así mismo, se les informará de que, de no mostrarse parte en la causa, no se entenderá que renuncian a su derecho a la restitución, reparación e indemnización, siendo necesario, a estos efectos, que la renuncia se haga de forma expresa y terminante (art. 110 de la LECrim).

– También se les informará: de su derecho a nombrar Abogado o instar el nombramiento de Abogado de oficio, en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita; de su derecho, una vez personados en la causa, de tomar conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga; y de que de no personarse en la causa y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercerá si correspondiere.

Por otro lado, y puesto que el citado precepto hace una referencia genérica a los deberes de información a las víctimas establecidos en la legislación vigente, es posible entender que la Policía Judicial, en el momento y forma previstos, también debe cumplir los deberes de información previstos en la Ley 35/1995 que, sin embargo, no han

(109) Parece que el momento más adecuado para proporcionar esta información será, tal y como prevé el artículo 109, el de la primera declaración de la víctima.

sido recogidos expresamente en el artículo 771.1.^a de la LECrim, es decir, debe informar sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas previstas en la Ley 35/1995, y sobre las posibilidades de obtener el beneficio de justicia gratuita.

Por otro lado, el artículo 776.1.^a de la LECrim dispone que, el Secretario judicial, en la primera comparecencia, informará al ofendido o perjudicado por el delito de sus derechos, cuando previamente no lo hubiera hecho la Policía Judicial. El contenido de esta información es el previsto en el artículo 771.1.^a de la LECrim, si bien se añade una referencia a los mecanismos de asistencia a la víctima que no están comprendidos en el artículo 776.1.^a de la LECrim.

b) El artículo 785 de la LECrim, en relación con el procedimiento abreviado, establece que la víctima deberá ser informada por escrito de la fecha y lugar de celebración del juicio, aunque no sea parte en el proceso ni deba intervenir.

c) Los artículos 789.4 de la LECrim, en relación con el procedimiento abreviado; 802.3, respecto al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, y 973.2, respecto al juicio de faltas, disponen que la sentencia se notificará por escrito a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no hayan sido parte en la causa.

Como puede observarse, el derecho a la información de la víctima, se ha ido implantando en nuestro Derecho de forma paulatina y fragmentaria y, si bien se ha producido un importante avance en este aspecto, la regulación existente presenta todavía algunas deficiencias que deberían ser suplidas en cumplimiento de las exigencias derivadas de la normativa europea. En este sentido:

a) La previsión contenida en el artículo 776.1.^a de la LECrim resulta confusa en su redacción e insuficiente en su contenido y extensión. En efecto, el artículo 776.1.^a, al detallar los extremos sobre los que debe informar la Policía Judicial, se remite a los artículos 109 y 100 de la LECrim y reitera, sin embargo, algunos aspectos que ya están previstos en estos preceptos. Por otro lado, la citada disposición no incluye expresamente la información sobre los servicios y organizaciones a los que puede dirigirse la víctima para obtener apoyo y asistencia (fundamentalmente, las oficinas de asistencia a la víctima), lugar y modo en que puede presentar una denuncia, actuaciones subsiguientes a ésta, los sistemas estatales de reparación e indemnización, la posibilidad y procedimiento para obtener el beneficio de justicia gratuita, las posibilidades de obtener asesoramiento jurídico, y, en el caso de que la víctima resida en otro Estado, los mecanismos especia-

les de defensa de sus derechos que puede utilizar. Y, por último, el artículo 776.1.^a de la LECrim sólo regula el derecho a la información en el procedimiento abreviado, debiendo extenderse esta previsión a todos los procesos actualmente previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Resulta un acierto, a mi juicio, que la información prevista la proporcione la Policía Judicial y que luego se reitere por el Secretario, en la primera comparecencia. También resulta acertado que deba informarse por escrito, si bien, sería preferible que la información se suministrase verbalmente, con la finalidad de que la víctima pudiera plantear sus dudas y, luego, se entregase por escrito, y en el idioma de la víctima, para facilitar una comprensión más sosegada.

b) Las previsiones contenidas en la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la comunicación de la fecha y lugar del juicio y la notificación de la sentencia, en los casos en los que la víctima no es parte en el procedimiento o no debe intervenir en el juicio, deben extenderse a todos los procedimientos previstos en la citada Ley. Quizá el lugar más adecuado para establecer una previsión en este sentido sea el artículo 270 de la LOPJ, que recoge una norma de general aplicación sobre la notificación de las resoluciones judiciales.

F) *Derecho a la asistencia jurídica gratuita* en los términos previstos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (110). Este derecho se confiere, entre otros, a los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar (art. 2), siempre que litiguen en defensa de derechos o intereses propios (art. 3.4).

El contenido de este derecho comprende, entre otras prestaciones: a) asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso (art. 6.1); b) defensa y representación gratuitas por abogado y procurador, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva, o cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal para garantizar la igualdad de las partes en el proceso (art. 6.3); c) inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales (art. 6.4); d) exención del pago de depósitos

(110) El artículo 119 de la Constitución afirma: «La justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

necesarios para la interposición de recursos (art. 6.5); e) asistencia pericial gratuita en el proceso (art. 6.6); f) obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales (art. 6.7), y g) reducción de derechos arancelarios en los términos previstos en los números 8 y 9 de la Ley.

G) *Derecho a la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito.* Este derecho está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico en los términos que han sido expuestos en el epígrafe anterior.

H) *Derecho a indemnización por los gastos* derivados de la comparecencia, para la víctima-testigo que así lo solicite y en los términos previstos en el artículo 722 de la LECrim.

I) *Recapitulación.* A partir de lo expuesto, es posible afirmar que, en los últimos años, se ha producido un importante movimiento legislativo en nuestro Derecho, dirigido al reconocimiento de los derechos de la víctima en el proceso. Sin embargo, la regulación actual presenta todavía importantes deficiencias. Además de las indicadas al hilo de la exposición, resulta llamativa la ausencia de una disposición, en nuestra legislación procesal, en la que se defina el Estatuto jurídico de la víctima, sea o no parte, en el proceso penal. Una disposición de esta naturaleza, al estilo de la contenida en el artículo 520 de la LECrim respecto del imputado, en la que se detallasen todos los derechos de los que goza la víctima en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo resultaría conveniente de cara al reconocimiento de la posición de la víctima como sujeto de derechos durante el proceso, sino que facilitaría el ejercicio del deber de información a la víctima de aquellos sujetos que, actualmente, están obligados a ello.

Por otro lado, es preciso poner en marcha los mecanismos administrativos y legislativos necesarios para hacer efectivas las obligaciones impuestas por la Directiva 2004/80, en lo que se refiere a facilitar la obtención de una indemnización a las víctimas de delitos en los litigios transfronterizos.

V. CONCLUSIONES

Un objetivo fundamental de la política criminal de nuestro tiempo es incorporar la perspectiva de la víctima al Derecho Penal y al proceso penal, de forma que el sistema jurídico penal se articule sobre la base de una relación trilateral: delincuente-Estado-víctima. Este obje-

tivo encuentra su reflejo en un importante movimiento legislativo que discurre por las siguientes vías:

Primera.—Instaurar mecanismos dirigidos a la reparación del daño causado a la víctima. En este sentido, y en lo que se refiere a la reparación de carácter económico, el sistema tradicional, que atribuye la responsabilidad al delincuente, muestra claras insuficiencias, que aconsejan la creación y desarrollo de los sistemas estatales de reparación. Esta necesidad, que ha sido reconocida en diversos instrumentos internacionales, se fundamenta, bien en el principio de solidaridad, derivado de la idea de Estado Social de Derecho, bien en el principio de responsabilidad, como obligación de los poderes públicos por el fracaso en su función de prevenir el delito. Los sistemas estatales de reparación existentes en nuestro ordenamiento interno acuden al primer principio expuesto como justificación y fundamento del sistema.

Segunda.—Un segundo objetivo básico que debe proponerse el sistema jurídico penal es evitar la victimización secundaria. Diversos instrumentos internacionales reconocen la existencia de este proceso y fijan los criterios y orientaciones para su prevención, que en síntesis son los siguientes:

a) Reconocimiento del Estatuto jurídico de la víctima, esto es, de su condición de sujeto de derechos durante el proceso penal y durante todas las actuaciones.

b) Creación y desarrollo de servicios sociales dirigidos a prestar información, asistencia y ayuda inmediata a la víctima de delito.

c) Adopción de medidas tendentes a evitar molestias y perjuicios a las víctimas de delitos durante el proceso y, en especial, a las más vulnerables, estableciendo ciertas restricciones a determinadas actuaciones procesales (careos, declaración delante del procesado, interrogatorios que afectan a la vida privada y personal de la víctima), con estricto respeto a las exigencias derivadas del derecho de defensa.

d) Adopción de medidas tendentes a proteger la seguridad de la víctima y de su familia, con particular atención a las víctimas especialmente vulnerables.

e) Adopción de medidas tendentes a proteger la intimidad de la víctima, frente a una publicidad indebida durante el proceso penal. Ni el derecho a la información, ni el derecho de defensa pueden justificar que la víctima vea expuesta su vida privada a la curiosidad pública sin ningún tipo de límite.

La necesidad de evitar la victimización secundaria no sólo se fundamenta en consideraciones de humanidad y respeto a la dignidad de las personas, sino que es una exigencia funcional del sistema jurídico penal, cuya efectividad depende en gran parte de la cooperación de la víctima. Es mucho más probable que la víctima muestre una voluntad de cooperar si confía en un sistema que ampara y protege sus derechos.

Tercera.—El sistema jurídico penal debe dar una respuesta a las necesidades de resocialización de la víctima, a través de medidas asistenciales (tratamiento psicológico para superar los efectos del delito), campañas para promover el apoyo social a las víctimas, o incluso prestando asistencia económica a la víctima, para que pueda reiniciar su vida cotidiana en otro contexto. Así, en algunos sectores de delincuencia, como son el maltrato doméstico o la explotación de ciertos colectivos de personas (inmigrantes), es la precaria situación económica, social o educativa de la víctima el factor que, de forma principal, determina su victimización. En estos casos, parece que una política de prevención del delito que pretenda ser eficaz no puede conformarse con medidas de carácter represivo, sino que debe tener como objetivo prioritario la adopción de medidas de política social, que actúen sobre la víctima procurando asistencia, medios económicos, formación, o medidas de otra índole, que permitan a la víctima prevenir su propia victimización.

Cuarta.—La incorporación de la perspectiva de la víctima al sistema jurídico penal debe hacerse con estricto respeto a los derechos y garantías del infractor. No cabe contraponer los derechos de las víctimas con los derechos del infractor y, en caso de conflicto, como puede suceder en relación con ciertas restricciones a actuaciones procesales, es preciso introducir criterios que armonicen los derechos de las víctimas con los derechos del imputado, especialmente el derecho de defensa, buscando mecanismos para que éste se ejercite de forma efectiva, pero sin añadir padecimientos innecesarios a la persona de la víctima. En este aspecto, no me parece de recibo la opinión que sostiene la necesaria prevalencia de los intereses de la víctima sobre los intereses del infractor, en atención a la distinta razón de su presencia en el proceso penal. Si bien es cierto que el infractor llega a la escena del proceso en calidad de imputado, también lo es que el derecho fundamental a la presunción de inocencia debe surtir sus efectos hasta la conclusión del mismo. No cabe entender que el interés de la víctima es obtener una condena penal a toda costa y a cualquier precio, sino obtener una sentencia justa.

Quinta.—En ciertos sectores sociales de opinión resulta poco comprensible que el Derecho Penal constituya la *Magna Charta* del delincuente y que muchos de sus principios e instituciones, así como gran parte de la regulación del proceso penal, estén encaminados precisamente a preservar y garantizar los derechos del ciudadano delincuente. Desde estos mismos sectores se propugnan, en muchas ocasiones, medidas tales como el endurecimiento de las penas, el cumplimiento íntegro de las condenas y, en general, un incremento de los instrumentos represivos para luchar contra la delincuencia. Semejantes tendencias suponen un riesgo evidente para instituciones que, sólo tras un lento y trabajoso proceso histórico, han terminado imponiéndose en las modernas legislaciones penales: principio de intervención mínima, finalidad preventiva de la pena, principio de humanidad y reinserción social de las penas, principio de proporcionalidad, etc. Quizá para conservar este modelo sea necesario superarlo, introduciendo, en las legislaciones positivas, nuevas instituciones en las que se contemple y refleje la perspectiva de la víctima, y de la sociedad que se solidariza e identifica con esa víctima, sin traducir esto en un mayor rigor punitivo sobre el infractor, sino en una intervención positiva de carácter asistencial, no sólo ni necesariamente pecuniaria, sobre la persona de la víctima. Tal vez si las víctimas reales y las potenciales, que se identifican con ella, encuentran un suficiente reconocimiento de sus derechos en la legislación positiva, resulte más fácil explicar y comprender las garantías y derechos que esa misma legislación reconoce a la otra parte.

Distinguiendo pena y reparación, y consiguiendo que ésta resulte suficiente, se puede evitar que socialmente se pretenda «compensar» la falta de reparación con el incremento de la sanción al infractor. Un modelo de esta naturaleza permite conciliar, a mi juicio, las exigencias de un Derecho Penal preventivo y garantístico, con las exigencias de un Derecho Penal orientado a la pacificación de las relaciones sociales (en tanto arbitra medios eficaces para resolver o aminorar el conflicto) y a la prevención general positiva (estabilización de las normas y del propio ordenamiento jurídico), finalidad esta última que puede cumplirse desde el lado de la víctima, reforzando su confianza en un ordenamiento jurídico penal que prevé una respuesta positiva y reparadora frente a la infracción de sus normas. Es decir, la reparación —más que la sanción— muestra a la víctima que «la sociedad está de su lado» y, por ello, no sólo restaura o aminora el daño material causado por el delito, sino que también sirve para reafirmar de forma simbólica la vigencia de la norma jurídica que ha sido vulnerada y lo hace sin instrumentalizar al infractor.

ANEXO

NORMATIVA SOBRE VÍCTIMAS DE DELITOS

1. *Normativa internacional*

- Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y de abuso de poder. Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de Naciones Unidas.
- Convención de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1984, contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Instrumento de ratificación de 19 de octubre de 1987, «BOE» núm. 268, de 9 de noviembre de 1987.
- Resolución (77) 27, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de septiembre de 1977, sobre indemnización a las víctimas del delito.
- Recomendación (85) 4, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 26 de marzo de 1985, sobre la violencia dentro de la familia.
- Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal.
- Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización.
- Convención Europea, de 24 de noviembre de 1983, sobre la compensación a las víctimas de delitos violentos. Instrumento de ratificación de 20 de octubre de 2001, «BOE» núm. 312, de 12 de diciembre de 2001.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 1981, sobre la indemnización a las víctimas de actos de violencia. «DOCE» 77, de 6 de abril de 1981.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 1986, sobre las agresiones a la mujer. «DOCE» núm. 176, de 14 de julio de 1986.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 1989, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos. «DOCE» núm. 256, de 9 de octubre de 1989.
- Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de los testigos en el marco de la

lucha contra la delincuencia organizada internacional. «DOCE» núm. 327, de 7 de diciembre de 1995.

- Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de septiembre de 1996, sobre menores víctimas de violencia. «DOCE» núm. 319, de 28 de octubre de 1996.

- Acción común, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.

- Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal. «DOCE» núm. 82, de 22 de marzo de 2001.

- Directiva del Consejo de la Unión Europea, sobre indemnización a víctimas de delitos, de 29 de abril de 2004. «DOCE» 261, de 6 de agosto de 2004.

2. Normativa interna básica de ámbito estatal

- Disposición adicional vigésima octava de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre).

- Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y Peritos en causas criminales. «BOE» núm. 307, de 24 de diciembre de 1994.

- Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. «BOE» núm. 296, de 12 de diciembre de 1995.

- Ley 36/1995, de 11 de diciembre, sobre la creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados («BOE» núm. 296, de 12 de diciembre de 1995), en la redacción dada por la Ley 61/1997, de 19 de diciembre («BOE» núm. 304, de 20 de diciembre).

- Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social –artículos 93 al 96 y disposición transitoria tercera– («BOE» núm. 315, de 31 de diciembre), en su redacción dada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre. Art. 48), por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre –disposición adicional cuadragésima segunda– («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre), y por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre –artículo 43– («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre) y por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre –artículo 49– («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre).

- Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo («BOE» núm. 242, de 9 de octubre) en su redacción dada por la disposición adicional novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre), y por la Ley 2/2003, de 12 de marzo («BOE» núm. 62, de 13 de marzo).

- Ley 9/2000, de 22 de diciembre, por la que se concede un crédito extraordinario por importe de 46.624.357.971 pesetas para la atención de los gastos derivados de la ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo («BOE» núm. 307, de 23 de diciembre).

- Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, por la que se modifican el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal («BOE» núm. 143, de 16 de junio de 1998).

- Ley 38/1998, de 27 de noviembre, por la que se modifica la composición de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual («BOE» núm. 258, de 28 de noviembre de 1998).

- Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del título VIII del libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre («BOE» núm. 104, de 1 de mayo de 1999).

- Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. («BOE» núm. 138, de 10 de junio de 1999).

- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores («BOE» núm. 11, de 13 de enero de 2000).

- Disposición adicional novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social («BOE» núm. 313, de 30 de diciembre), en su redacción dada por el artículo 49 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre).

- Ley Orgánica 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimientos para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos o faltas y de modificación del procedimiento abreviado («BOE» núm. 258, de 28 de octubre de 2004).

- Real Decreto 1576/1990, de 7 de diciembre, por el que se regula la concesión en el sistema de la Seguridad Social de pensiones extraordinarias motivados por actos de terrorismo («BOE» núm. 294, de 8 de diciembre).

- Real Decreto 851/1992, de 10 de julio, por el que se regulan determinadas pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo («BOE» núm. 184, de 1 de agosto), modificado por el artículo 10 y la disposición transitoria única del Real Decreto 38/1998, de 16 de enero («BOE» núm. 15, de 17 de enero).
- Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que aprueban determinadas normas procedimentales en materias de Justicia e Interior («BOE» núm. 240, de 7 de octubre).
- Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual («BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 1997).
- Real Decreto 864/1997, de 6 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados («BOE» núm. 138, de 10 de junio de 1997).
- Resolución de 1 de agosto de 1997, de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, sobre delegación de competencias en materia de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual («BOE» núm. 194, de 14 de agosto de 1997).
- Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo («BOE» núm. 305, de 22 de diciembre), en su redacción dada por el Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo («BOE» núm. 65, de 17 de marzo).
- Real Decreto 1974/1999, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo («BOE» núm. 307, de 24 de diciembre).
- Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo («BOE» núm. 65, de 17 de marzo).
- Orden INT/2889/2004, de 26 de agosto, por la que se convocan subvenciones destinadas a asociaciones, fundaciones, entidades e instituciones, sin ánimo de lucro, cuyo objeto sea la atención a las víctimas del terrorismo («BOE» núm. 211, de 1 de septiembre).

3. Normativa interna de ámbito autonómico

- Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo («BOCM» núm. 307, de 27 de diciembre), modificada por la Ley 7/1997, de 17 de febrero («BOCM» núm. 42, de 19 de febrero y «BOE» núm. 207, de 29 de agosto).

- Decreto 5/2000, de 27 de enero, por el que se actualiza el importe de la subvención prevista en el artículo 18 bis de la Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo («BOCM» núm. 307, de 27 de diciembre), modificada por la Ley 7/1997, de 17 de febrero («BOCM» núm. 28, de 3 de febrero).
- Decreto 214/2002, de 24 de septiembre, por el que se regula el Programa de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo («BOPV» núm. 185, de 30 de septiembre).
- Decreto 214/2002, de 24 de septiembre, por el que se regula el Programa de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo («BOPV» núm. 185, de 30 de septiembre).

Modalidades de la ejecución penitenciaria en España hasta el siglo XIX

PEDRO ALEJO LLORENTE DE PEDRO

Doctor en Derecho. Funcionario del Cuerpo Especial de IIPP

SUMARIO: Introducción. 1. Conformación del penitenciarismo hasta el siglo XVIII. 1.1 La pena de galeras: gestación y análisis de la Ordenanza de 1607. 1.1.1 La pena de galeras de mujeres. 1.2 La pena de minas: instauración y dedicación de los reos. 1.3 La pena de campañas en el ejército. 1.4 La pena de presidios: primeros lugares de implantación. 2. La diversificación de destinos penales en el siglo XVIII. 2.1 El declive de la pena de galeras, su primera supresión y el impacto que produjo en las restantes penas. 2.2 La reimplantación de la pena de galeras, y su abolición definitiva. 2.3 Evolución de la pena de minas: el trabajo al que se dedicaron los forzados y la extinción de esta modalidad penitenciaria. 2.4 Los arsenales de Marina. 2.4.1 Necesidad de una Armada poderosa y ubicación de los arsenales. 2.4.2 Las personas obligadas a trabajar en los arsenales: gitanos, vagabundos, esclavos y condenados. 2.4.3 El temido destino de las «bombas» de achique de agua. 2.4.4 Regulaciones jurídicas penitenciarias relativas a los arsenales y la extinción de esta penalidad. 2.4.5. Apéndice de los arsenales: las penas a cumplir en «bajeles» y en «batallones de Marina». 2.5. Los presidios peninsulares, de obras públicas e industriales. 2.5.1 Los presidios de Madrid. 2.5.2 Los presidios industriales. 2.5.3 La «Caxa de Rematados» de Málaga. 2.5.3.1 Funcionamiento de la «Caxa» como presidio de obras públicas. 2.6. Génesis y primer desarrollo de los presidios correccionales.

INTRODUCCIÓN

La severidad de las penas en el Antiguo Régimen dependía de la modalidad penitenciaria determinada en la sentencia más incluso que del número de años de condena. Así, en este artículo voy a estu-

diar la diversificación de los destinos de los reos en la península hasta los albores del siglo XIX. Analizaré cómo y por qué causas fueron creadas las nuevas sanciones penales, su permanencia o abolición.

Sólo un determinado tipo de condenas puede adquirir «propiedad penitenciaria», que lógicamente no existe en aquéllas como la de muerte, azotes o multas que, ejecutadas en un acto, se agotan en sí mismas. Históricamente, las primeras penas susceptibles de ejecución penitenciaria fueron las de «trabajos forzados» que terminaron prevaleciendo respecto a las demás, aunque podían imponerse acumulativamente con azotes, multa, confiscación de bienes y otras privativas de derechos.

Las penas de galeras, minas y presidios son las principales especies del género denominado «trabajos forzados»; su naturaleza jurídica primordial fue la sujeción del reo a un trabajo para el Estado (siendo mantenido o retribuido por éste) durante un tiempo, en un lugar preestablecido. Criterios de necesidad y utilidad fueron su fundamento; y como las necesidades cambiaban, se abolían y aparecían nuevas modalidades. Pese a su dureza, significaron un avance respecto a la penalidad anterior basada principalmente en la pena capital o en diversas mutilaciones que por su propia naturaleza impedían y estorbaban el desarrollo económico y social de la época.

Fruto de la evolución, las penas clásicas de galeras y minas, desarrolladas intensamente en el siglo XVII, desaparecieron antes de la finalización del Antiguo Régimen; los presidios cogieron el relevo y se extendieron esencialmente en el XVIII y XIX.

Respecto a la pena de galeras, este estudio abarca su génesis y desarrollo inicial, así como una importante ordenanza: la Ordenanza de 4 de junio de 1607 «Para la administración y gobierno de las galeras de España» que desmitifica las concepciones peyorativas que la literatura (Cervantes, etc.) nos ha hecho arraigar como, por ejemplo, cuando comenta la posibilidad de que los galeotes dirigieran las tabernas de las naves o que se les dieran incentivos económicos al exigirles mayor esfuerzo. También es muy relevante la repercusión que en las demás penas tuvo su primera supresión en 1748 y, sobre todo, profundizo en la restauración de esta pena en el período 1784-1803 constatando que, al chocar con los sentimientos humanitarios que ya se vislumbraban, significó un estrepitoso fracaso. También incluyo unas breves referencias sobre las galeras de mujeres.

En la pena de minas me he detenido, aparte de situar su inicio y razón, en indicar los grupos, reos y esclavos, que bajo la misma expresión de «forzados» laboraron en las minas mercuriales de Almadén y en qué tipo de trabajo se ocuparon preferentemente.

La palabra presidio no tuvo en su origen ninguna acepción penal o penitenciaria; simplemente era la guarnición de soldados establecida en un puesto avanzado. Pero como los reos fueron destinados a trabajar a esos recintos, surgió la pena de presidio indicando el lugar de extinción de condena y el topónimo «presidiario» aludiendo al habitante forzoso del mismo.

Atendiendo al lugar, los presidios se establecieron en la península o fuera de ella, principalmente en el norte de África y mínimamente en las posesiones españolas americanas. Por las funciones desempeñadas por los presidiarios se clasifican los presidios en industriales, que englobarían la pena de arsenales, y los de obras públicas y correccionales.

La pena de presidio tuvo su mayor extensión en las posesiones españolas africanas; por razones de espacio fijaré únicamente mi atención en los presidios radicados en la península hasta el XIX. En ese tiempo, tuvieron muy poco desarrollo, salvo el caso de Málaga que era el centro distribuidor de los reos para los presidios norteafricanos. Establecer casi un plano de igualdad entre los presidios africanos y los peninsulares como han indicado algunos autores para esta época, al existir una cobertura jurídica que los facilitaba, es desvirtuar la realidad.

La causa de esta baja atención política hacia los presidios peninsulares hay que buscarla en la absorción realizada por los arsenales de Marina y modalidades penales colaterales a ellos como la pena a bajeles y a batallones de Marina. Un sector mayoritario doctrinal entiende que la «Ordenanza de Presidios de Arsenales de Marina» de 1804 fue la pionera del penitenciarismo, sin embargo los Reglamentos penitenciarios africanos y la Instrucción de 1767 para la fábrica de salitre en Sevilla son regulaciones anteriores aplicadas a numerosos condenados. Además, la mencionada Ordenanza tuvo limitada aplicación, suspendiéndose nuevos envíos de penados desde 1806 y extinguiéndose definitivamente la pena de arsenales en 1818.

Dentro de los numerosísimos destinos adscritos a los presidiarios en los arsenales de Marina, destaco la faceta de las «bombas de achique», indudablemente la más dura penalidad española, comparable con galeras y minas, y aun superándolas. Imaginarse sus condiciones de vida sin salir de la poza, empujando encadenados el mecanismo

durante horas y descansando otras cuantas para poder de nuevo iniciar la faena, estremece.

Finalizo el artículo comentando el impulso que en el XVIII hubo hacia los presidios correccionales y de obras públicas, fruto de la preocupación del Movimiento Ilustrado al comprobar la ineficacia reformadora y la saturación de los presidios tradicionales del norte de África.

1. Conformación del penitenciarismo durante la Edad Media y Moderna

Dejando aparte derechos antiguos anteriores, locales, donde las penas tienen buena dosis de espectacularidad, especialmente en los modos de ejecutar la pena capital (1), la primera referencia de la denominada «penalidad antigua», aparece en Las Partidas de Alfonso X, escritas en fecha no determinada entre 1256 y 1275, concretamente en la Ley 4, título 31, partida 7, clasificándolas en penas mayores y menores. Las «mayores» comprendían la muerte, mutilación, trabajos forzados perpetuos, destierro perpetuo con confiscación total de bienes y prisión perpetua (ésta sólo aplicable a los siervos, ya que «*tal prision non la deben dar á home libre sinon a siervo; ca la carcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean judgados*»). Las penas menores abarcaban el destierro sin confiscación de bienes, la privación de derechos, azotes y las penas «afrentosas» como que compareciera el sujeto atado y a la exposición en público en la picota e incluso «*lo desnudan faciendo estar al sol untado de miel porque lo coman las moscas alguna hora del día*» (2).

(1) Así, el despeñamiento como en el Fuero de Béjar 476: *Qui matare sobre fiadura de salvo (la potencial víctima pide al Juez que exija del hipotético agresor la presentación de fiadores de salvo) peche CCCC maravedis. Si fuer... despennenlo; o la del enterramiento en vida debajo de la víctima: Fuero de Teruel, 31: Qui a su padre o su madre matara o a su sennor... el vivo malfechor, debajo del muerto sea soterrado. Cfr. ARVIZU, F.: El valor intimidatorio de la pena en el Derecho medieval español. León, 1986, pp. 14 y 15.*

(2) «Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio. 1348». Tomo 3, partidas 4, 5, 6, y 7; ed. Madrid, 1807. El bisnieto de Alfonso X el Sabio, Alfonso XI, promulgó el Ordenamiento de Alcalá en 1348 revocando, corrigiendo y alterando del texto original muchas Leyes de Partida, conociéndose éstas gracias al mencionado Ordenamiento. Vid. Asso, J. y Rodríguez, M.: *El Ordenamiento de Leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho*. Madrid, 1774, p. 5. Vid. apénd. doc. n. 1.

Las «Siete Partidas», contemplaba un tipo de penas que no debía aplicarse en ningún caso ya que, indica, la faz del hombre está hecha a semejanza de Dios: «... señalar á alguno en la cara quemándolo con fierro caliente, nin cortándole las narices, nin sacándole los ojos... gelas manden dar en las otras partes del cuerpo... de manera que los que lo vieren et lo oyeren puedan ende recibir miedo et escarmiento» (3). Este cuerpo jurídico ofrecía también una definición de pena junto con su elemento teleológico: «Pena es emienda de pecho (multa) ó escarmiento que es dado segunt ley á algunos por los yerros que ficieron. Et dan esta pena los judgadores á los homes por dos razones: la una es porque reciban escarmiento de los yerros que ficieron: la otra es porque todos los que lo vieren et lo oyeren, tomen ende exemplo et apercibimiento para guardarse que non yerren por miedo de pena» (4).

Así, durante la antigüedad y en la Edad Media y Moderna sólo predominó la prevención general en su vertiente de intimidación, represión y ejemplificación: «... averiguada con brevedad la causa, les asetearon, con que se temía más y se robaba menos» (5); habrá que esperar hasta la llegada de los reformadores del último tercio del siglo XVIII (Cesare Beccaria, John Howard, Jeremías Bentham...) para asistir a una tecnificación del castigo en el que, aun dirigido ante todo hacia la prevención general, aparezca la corrección del delincuente, una de las facetas de la prevención especial.

1.1 LA PENA DE GALERAS: GESTACIÓN Y ANÁLISIS DE LA ORDENANZA DE 1607

Carlos V inserta en el ordenamiento jurídico la penalidad de las galeras; aunque consta que anteriormente algunos reos ya se condenaron a ellas (6), en 31 de enero de 1530 las regula como conmutación de penas corporales y destierro perpetuo (7).

(3) Ley 6, título 31, partida 7.

(4) Ley 1, título 31, partida 7.

(5) Colmenares, D.: *Historia de La Insigne Ciudad de Segovia y Compendio de las Historias de Castilla de Diego de Colmenares Hijo y Cura de San Juan de la misma Ciudad y Su Cronista*, Segovia, 1637, p. 63.

(6) Burgos Fernández, F.: «Evolución histórica de la legislación penitenciaria en España». Cádiz 1996, p. 5: «en origen la pena de galeras se establece por Real Cédula de 14 de noviembre de 1504, para conmutar la pena de muerte...»

(7) Nueva Recopilación: Ley 4, Título 24, Libro 8 y Novísima Recopilación: Ley 1, Título 40, Libro 12: «Mandamos á los nuestros Alcaldes del Crimen que residen en las nuestras Audiencias, y á las Justicias de nuestros reynos, que cada y quando que prendieren personas algunas, ó tuvieren presos por delitos que ellos deban ser

Sin embargo, no se producirá su plena aplicación hasta cuatro años más tarde; es con la Provisión 16 de mayo de 1534 cuando se ordena a la Chancillería de Granada se sentencie a galeras, ya que «...*demas de las personas que andan a sueldo ordinario a remar en las dichas galeras, ay necessidad de otras muchas que siruan al remo...*» Los delitos a conmutar son los mismos que en la Pragmática 31 de enero de 1530, añadiendo algunos castigados hasta la fecha con pena de muerte: «...*Y quando se ofrecieren otros delitos (por los quales los delinquentes merezcan ser condenados a pena de muerte) les comuteys las tales penas a que sirvan perpetuamente en las galeras*» (8).

En los años inmediatos habrá una asignación de las infracciones penales atribuibles a esta penalidad con objeto de ir incorporando galeotes en vista de las ventajas ofrecidas: la Provisión 20 de febrero de 1535 incorpora los hurtos. Así, dos tipos de delitos se hacen acreedores a la conmutación: aquellos cuya consecuencia jurídica era pena corporal o destierro perpetuo, se sentenciarían a galeras por tiempo determinado; y los de hurto u otros no especificados pero más graves, para los que la práctica forense imponía pena capital, serían condenados a galeras a perpetuidad; el tiempo era arbitrario pero acotado en un mínimo de dos años «*porque las condenaciones que se hiziesen de medio año, y un año, son infructuosas para las dichas galeras*». Puesto que en esencia estamos ante una pura conmutación, dejaba a la valoración del tribunal las circunstancias para no otorgarla: «*Con tal que los delitos no sean tan graues y calificados que conuenga a la*

condenados en penas corporales, seyendo los tales delitos de qualidad en que buenamente pueda haber lugar conmutacion, sin hacer en ellos perjuicio á las partes querellosas; seyendo condenados en penas corporales, ó en cortar pie ó mano, o destierro perpetuo, ó otras penas semejantes, ó debiendolo de ser condenados en las tales penas, los comuteis las dichas penas en mandarles ir á servir á las galeras por el tiempo que os pareciere, no sea ménos de por dos años...»

(8) «Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Granada. Libro segundo, Título octavo: De los Alcaldes del Crimen y de las Ordenanzas que deuen guardar en lo tocante a sus officios, y a los pleytos, y negocios criminales. 1601». P. 206: «*Provision dada en Toledo, a diez y seys dias del mes de Mayo, de mil y quinientos y treynta y quatro años, para los Alcaldes sobre los delinquentes que an de condenar y embiar a las galeras a costa de la camara*»: «D. Carlos...a vos los Alcaldes del Crimen de la nuestra Audiencia y Chancillería que está y reside en la ciudad de Granada, Salud y gracia. Sepades que para la guarda de este Reyno, y sus comarcas, auemos mandado armar cierto numero de galeras, para que anden continuamente en la dicha costa, y en la de Africa, ofendiendo a los infieles, y defendiendo a los Christianos, en especial a nuestros subditos, porque no reciban daño ni en mar, ni en tierra. Y porque demas de las personas que andan a sueldo ordinario a remar en las dichas galeras, ay necessidad de otras muchas que siruan al remo en ellas...»

republica, y a la satisfacion de las partes, no diferir la execucion de la nuestra justicia...» (9), significando, entonces, que se impondría pena de muerte.

Mayor precisión se obtuvo en los delitos susceptibles de cambiar su pena por galeras desde la Pragmática 25 de noviembre de 1552 (10), añadiendo los hurtos con circunstancias agravatorias y los robos, especialmente el «*salteamiento en caminos o en campo*»; además, señalaba los grupos de aplicación preferente: ladrones, rufianes y vagabundos, (11) percibiéndose una tendencia política muy marcada hacia esta pena, inauguradora sin duda del penitenciarismo.

Felipe II en la Pragmática 3 de mayo de 1566 (12), aumentaba los años de galeras para ladrones y rufianes, rebajando la edad para ingresar (que era desde los 20 años) a 17; en los vagabundos incluía a «*los Ygicianos (gitanos) y caldereros estrangeros, que por leyes destos Reynos esta mandado echar del*». A otras infracciones ampliaba esta consecuencia jurídica: testigos falsos, cuya pena anterior era quitarles los dientes, blasfemos, casados dos veces, resistencia a las justicias, y «*...en todos los casos y delitos donde ha de hauer pena arbitraria, en que conforme á la calidad del caso y de las personas les habia de ser puesta pena corporal, aquella se comute en verguença publica y ser-*

(9) «Ordenanzas de la Real Audiencia y Chancillería de Granada...» op. cit. p. 208: «*Provision de veynte de Febrero de mil y quinientos y treynta y cinco años para que se comute la pena corporal de mutilacion de miembro, o destierro perpetuo, en galeras y como esto se deua cumplir en delitos que merezcan pena de muerte...*»: «Por que vos mandamos, que qualesquier persona que tuvieredes presos, y prendieredes de aqui adelante, por delitos que por ellos deuan de ser condenados en penas corporales, assi como cortar pie, o mano, o orejas, o destierro perpetuo del Reyno, o cosa semejante, les comuteys las dichas penas en mandarlos yr a seruir las dichas galeras, por el tiempo que os pareciere...y que quando se ofrecieren delitos de hurtos, o otros, por los quales los delinquentes merezcan ser condenados a pena de muerte, les comuteys las tales penas a que siruan perpetuamente las dichas galeras...con tal que (si lo sufrire la calidad del delito) no sea por menos de dos años: porque las condenaciones que se hiziesen de medio año, y un año, son infructuosas para las dichas galeras, porque de un año de exercicio en adelante, son utiles los remeros».

(10) *La prematia que su magestad ha mandado hazer este año de 1552 de la pena que han de auer los ladrones y rufianes y vagamundos y para que sean castigados los holgazanes ansi hombres como mugeres y los esclauos de qualquier edad que sean que fueren presos*. «Reales Ordenanzas y Pragmáticas (1527-1567)». Mss. 12437 de la Biblioteca Santa Cruz de Valladolid. Ed. facsímil Valladolid 1987.

(11) «La prematia que su magestad...» op. cit. S/F. Vid. apénd. doc. n. 2.

(12) «Reales Ordenanzas...op. cit.»: «*La Pragmatica que su Magestad manda que se imprima Sobre los Vagamundos, Ladrones, Blasphemos, Rufianes, Testigos falsos, Inducidores, y Casados dos vezes, y otras cosas. Alcalá de Henares, año 1566*».

vicio de galeras...», imponiéndose también aunque hubiera perdón de parte (13).

De esta forma, la primera clase de «penas mayores» de Alfonso X el Sabio (muerte o perdimiento de miembro) aunque siguieran ejecutándose, quedaron bastante restringidas, pasando a engrosar la segunda clase aludida por el Rey citado: «*condepnarlo que esté en fierros para siempre, cavando en los metales del rey, ó labrando en las otras sus labores ó sirviendo á los que las ficieren*», traducándose en la pena de galeras y posteriormente en la de minas. Avance evidente sobre la antigua penalidad pues pese a su innegable dureza, se mejoraba el sistema tanto para el reo (era menos inhumana que el corte de un brazo, por ejemplo), como para el Estado ya que no perjudicaba la atemorización, inocuización y ejemplarización, añadiéndose un criterio utilitario de mejora para la hacienda pública.

Según Cadalso(14), hubo cuatro causas propiciadoras de su expansión: 1.^a Mayor impulso a las embarcaciones de guerra; 2.^a Una utilidad, que ya se manifestaba en todas las legislaciones antiguas donde las confiscaciones y composiciones eran moneda corriente; y en los casos en que el sentenciado carecía de bienes, se le destinaba donde fuere más de provecho. 3.^a Un cierto sentimiento humanitario, disminuyendo la pena de muerte y comprobando que con las mutilaciones se hacía de la persona un ser inútil y gravoso para la misma sociedad. 4.^a Una defensa social, al alejar de su seno elementos peligrosos o nocivos.

La «edad dorada» de las galeras fue el siglo XVI pero centraré el estudio en una disposición del XVII que por su rareza y singularidad me ha llamado la atención: en 4 de junio de 1607 se otorgaba la «Ordenanza para la administracion y gobierno de las galeras de España» (15) pretendiendo construir, además de las existentes que no

(13) «La Pragmatica que...» en «Reales Ordenanzas...op. cit». Se incluyó en Novísima Recopilación: Ley 4, título 40, Libro 12. «Por quanto somos informados, que algunos han querido poner duda y dificultad, si en los delitos en que se procede á instancia y acusacion de parte, haviedo perdon de la dicha parte, se puede imponer pena corporal, declaramos que aunque aya perdon de parte, siendo el delito y persona de calidad que iustamente pueda ser condenado en pena corporal, le sea y pueda ser puesta la dicha pena de servicio de galeras por el tiempo y que segun la calidad de la persona y del caso, pareciere que se puede poner».

(14) CADALSO, F.: «Instituciones Penitenciarias y similares». Madrid, 1922, p. 96.

(15) AGM: 2.^a Sección, 3.^a División, leg. 130. «*Ordenanza para la administracion y gobierno de las galeras de España: Orden que se ha de guardar de aqui adelante en mis Galeras de España, quanto a la distribucion del dinero de su consignacion, y otras cosas tocantes al gobierno dellas, y demas instrucciones del mi*

específica, doce nuevas galeras. Por su importancia se clasificaban las galeras en: «capitana», «patrona» y galera «ordinaria». La primera poseía 28 bancos albergando cada uno a 6 remeros, con un total, pues, de 168 forzados de los cuales 80 eran esclavos. En la segunda normalmente remaban sólo los componentes de 25 bancos y, además, en cada banco bogaban 5 forzados significando que la dotación estaría sobre los 125 galeotes entre ellos 50 esclavos. Por fin, la galera ordinaria disponía de 24 bancos con 4 remeros cada uno, llevando tan sólo 96 remeros (40 de éstos esclavos) trabajando simultáneamente.

Esta ordenanza diferencia la gente «de cabo» de la «chusma», y en ésta, los galeotes de los esclavos. Los penados apenas salían de los barcos siendo competencia de los esclavos aprovisionar las galeras, pero podían encargarse de la taberna del barco y recibir incentivos económicos ante actuaciones extraordinarias.

La alimentación consistía básicamente en el «bizcocho», teniendo los enfermos dieta especial recetada por el médico: «*carne fresca, gallinas, pollos, huevos, passa, almendras y conservas que se dan a los remeros enfermos...*», pero ocurriendo «*desordenes y mala distribución*» en estas vituallas, ordenaba se vigilaran por el capitán y capellán.

Hubo muchas veces que aunque hubieran cumplido condena siguieron como galeotes; lo intentó remediar el punto 63 de la ordenanza que comentó especificando se convirtieran en «buenas boyas» (remeros voluntarios), pero al tocar puerto español debían liberarlos. No obstante, consta que en 1647 no se cumplía la disposición y denunciándolo el encargado de velar por el auxilio de los condenados, D. Martínez de la Mata, se dio libertad a 520 forzados.

1.1.1 Origen de la pena de Galeras de mujeres

En analogía con la de hombres, apareció la «galera de mujeres»; antes de su instauración, el médico de galeras D. Cristóbal Pérez de Herrera, lo reclamaba en 1598: «*...donde se condene a las vagabundas, ociosas o delincuentes de hurtos, hechicerias o embustes, o de otros delitos por uno, dos tres o mas años y aun por diez conforme a sus culpas, y de por vida a la que mereciese pena de muerte...*». La primera «galera» se inauguró hacia 1608 en Valladolid, conforme al reglamento redactado por la monja Sor Magdalena de San Jerónimo

Capitan General, y del Veedor General, Proveedor, y otros Oficiales de las dichas Galeras. Dada en S. Lorenzo el 4 de junio de 1607». Seguía vigente según aparece una copia de 13 de julio de 1676. Vid. apénd. doc. n. 3.

titulado: «Razon y forma de la Galera y Casa Real que el Rey nuestro Señor manda hacer en estos reinos para castigo de las mugeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otras semejantes» (16), llamado por esta autora «la obrecilla». El régimen de vida era extremadamente duro. La seguiría la Galera de Madrid, en 1622, continuando en otras ciudades como Granada, Zaragoza, Valencia, Salamanca, Burgos etc. (17).

1.2 LA PENA DE MINAS: INSTAURACIÓN Y DEDICACIÓN DE LOS REOS

En cuanto a la «pena de Minas» («*Cavando en los metales del Rey*», anotan Las Partidas), hunde sus raíces en el derecho romano. Sin embargo, no se aplicará esta fórmula penal en España hasta el siglo XVI: desde 1525 (18) dos condes alemanes, los parientes Fuggers (19), explotaban por arrendamiento las minas de Almadén (20); estos con-

(16) CANTERAS MURILLO, A.: «Cárceles de mujeres en España: origen, características y desarrollo histórico». *Revista de Estudios Penitenciarios*, n. 237, Madrid, 1987, p. 30.

(17) SEVILLA Y SOLANAS, F.: «Historia penitenciaria española (La Galera)». Segovia 1917, inserta esta «obrecilla» en pp. 237 ss.; la comentan: GARCÍA VALDÉS, C.: «Del presidio a la prisión modular». Madrid, 1997, pp. 22-24 y GARRIDO GUZMÁN, L.: «Manual de Ciencia Penitenciaria», Madrid, 1983, pp. 155-157.

(18) Hay antecedentes de aplicación de esta pena en ultramar: los Reyes Católicos en 22 de junio de 1497: «Que los que ovieren de ser condenados in metalum...sea para las Indias en la Isla Española». Vid. Sevilla y Solanas, F.: op. cit. p. 158: «a propuesta de Colón, trabajaron delincuentes en las minas de la descubierta isla de Santo Domingo».

(19) Los banqueros Fuggers, llamados en España Fúcares, prestaron apoyo al joven Carlos I de España. Jakob Fugger le garantizó 543.000 florines, permitiéndole comprar los votos de los electores y convertirse en Emperador. Anton Fugger, sobrino del anterior, obtuvo en 1525 el arrendamiento de maestrazgos de las Ordenes Militares de España, entre ellas la de Calatrava, que poseía Almadén. En 1645 acabó el asiento de los Fuggers, siendo a partir de ahí administrada por la Real Hacienda. Vid. FERNÁNDEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ TASCÓN, I.: «Las minas de Almadén; informe de Betancourt y Molina». Madrid, 1990, p. 261.

(20) Donde se dieron las condiciones idóneas para la obtención de cinabrio (sulfuro de mercurio) elemento que contiene un 86 % de mercurio. Se produjeron tres capas separadas por fallas, que reciben el nombre de Ramo Sur, Ramo Mina y Ramo Norte. El Ramo Sur fue el primero en explotación mediante la mina llamada «del Pozo», en el año 1500. Una nueva mina independiente con el nombre de «Contramina» se inicia en 1584, llegando a juntarse posteriormente con la anterior. A finales del siglo XVII dieron síntomas de agotamiento, al haber llegado a una profundidad de 200 metros con muchas galerías, siendo abandonadas. Vid. FERNÁNDEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ TASCÓN, I: op. cit. p. 31.

des, «*exigieron que les diera el gobierno presidiarios para el desagüe, y para los demás trabajos*» (21), apareciendo los primeros forzados en 1565. A partir de 1646 acaparaba el Estado esta actividad (22). La condena a minas es posterior a la de galeras y así queda explicado que en ciertos testimonios de sentencias se observe: «*...condenado en seis años de galeras que ha de servir en estas Reales minas del Almaden al remo y sin sueldo alguno...*» (23) Las cifras de forzados fueron siempre muy bajas en comparación con los galeotes, aunque su mayor mortandad obligaba a una continua renovación: en el período 1566-1593 en torno a una media de 220, número del que hay que descontar a los esclavos, generalmente musulmanes, y a otros grupos reducidos de moriscos y gitanos.

El trabajo en la mina de los penados de los siglos XVI y XVII consistía esencialmente en el desagüe mediante el manejo de tornos de achique de agua cuando, por la profundidad del pozo, se hizo imposible el drenaje por gravedad hacia el interior. Se requería para la operación, vigilada por sobrestantes, seis forzados: cuatro manejaban el torno, haciendo subir llena de agua una bolsa de piel llamada «zaca» con capacidad de 50 litros, que era llenada, desenganchada del torno y vaciada a otra fosa más alta por los otros dos forzados. Cada jornada de trabajo se denominaba «dúa», duraba seis horas pero por falta de trabajadores podía estirarse hasta doce horas («dúa de trampas», decían entonces los forzados); cada equipo debía extraer diariamente 200 zacas. De la extraordinaria dureza de esta actividad hay constancia cuando Mateo Alemán visita las minas en 1593: «*...Habrá cuatro años que en la dicha fabrica estaba un capataz...que metia a los forzados en los tornos del agua que es el trabajo mayor que hay en la dicha fabrica y les hacia tirar trescientas zacas de agua entre cuatro forzados sin cesar y al que de ellos se cansaba antes de acabar de cumplir su tarea sacaba del dicho torno a las fuerzas y le hacia azotar...*» (24)

(21) SALILLAS, R.: «La cárcel Real de esclavos y forzados de las minas de azogue del Almaden y las características legales de la penalidad utilitaria». Asociación Escarola para el progreso de las Ciencias. Madrid, 1913, p. 2, citando a Rafael Cavanillas: «Memoria sobre las minas de Almadén, 1838, p. 38.

(22) ROLDÁN BARBERO, H.: «Historia de la prisión en España». Barcelona, 1988, p. 58.

(23) SALILLAS, R.: «La cárcel Real...» op. cit. p. 5.

(24) BLEIBERG, G. «El Informe secreto de Mateo Alemán sobre el trabajo forzoso en las minas de Almadén». Londres, 1985, p. 86. El Archivo de Simancas contiene dos planos; uno general del estado de la mina en 1560 y otro que muestra la operación de achique, titulado: «Diseño de la forma que se tiene para desaguar la mina mediante cinco tornos» de 1674, en el que se percibe el vestuario del forzado

En los exteriores había otro trabajo que aunque menos fatigoso resultaba más dañino a la salud: las labores de cocción para desprender la mena de la galga introduciéndose en el horno unas vasijas conteniendo el mineral; desde que se contó con hornos de reverbero en 1573 era preciso entrar en ellos para extraer las ollas aún calientes, con el horno saturado de vapores mercuriales muy venenosos. Así lo comenta el anterior autor: «...*los fucares quisieron hacer grande cantidad de azogue...y los hacian en hornos y vinieron a morir en muy breve tiempo mas de veinte forzados...se hacia entrar por fuerza a los forzados ardiendo y se abrasaban...*» Estos hornos se cambiaron desde 1647 por los «de aludeles», no haciendo necesaria la presencia dentro del horno al terminar el proceso y mejorándose, por tanto, la «calidad de vida» de los forzados.

1.3 LA PENA DE CAMPAÑAS EN EL EJÉRCITO

Ya en el siglo XVI existe la condena de «Campañas en el ejército», esto es, no por tiempo determinado, sino establecido según la duración que llegara a tener cada acción de guerra prolongada, y aplicable a personas de cierta distinción social. Por un homicidio se condenó en sentencia de revista, en 1644, a un reo en «*dos campañas y veynte mil maravedises, tres partes para gastos y una para pobres*», al constar apartamiento de la parte, mediante escritura de perdón onerosa; en la sentencia de vista, en rebeldía, se le había condenado a muerte de horca y 60.000 maravedís (25). Como la estancia en la cárcel era insostenible, se pedía agilidad al tribunal cuando se preveía una condena de estas características (26).

(casaca roja) que seguiría siendo el prefijado según el art. 223 de las «Ordenanzas para el gobierno de la mina...» de 1735. Cfr. AGS, catálogo XXIX: Mapas, planos y dibujos, p. 26. Referencia de cada plano: VII/156 y VII/44.

(25) AHN, Consejos, leg. 5575.

(26) AHN, Sala de Alcaldes, libro 1239, fol. 358: «Juan Perez de Aller, abogado de D. Bartolome Romero preso en la carcel real desta corte: digo que el dicho esta presso en la carcel mas has de 5 meses pasando extrema nezesidad y graves enfermedades sin causa ni razon alguna y aviendo reendido que en la vissita general que el pressidente y los del vtro consejo hizo en dicha carcel vispera de pasqua de espirittu santo proximo pasado se hiziese de la de su caussa se tomasse despidiente con el se le mando acudiesee a la falta de gobierno como lo aze para que se sirva de mandar por su caussa y azerle culpa y cargo y tomarle su confession para que este negozio este corriente, pido justicia». firma Bartolome Romero. En 6 de junio de 1654 se resuelve: «... no se quede D. Bartolome Romero y se vaya luego a servir al

1.4 LA PENA DE PRESIDIOS: LUGARES DE IMPLANTACIÓN

Quedan por mencionar los presidios; si en rigor la palabra significa guarnición de soldados en puesto avanzado (27), la «pena de presidio» tiene otro alcance: Cadalso ofrece su aspecto jurídico al indicar que es un edificio o recinto en que los delincuentes ya sentenciados extinguen una condena que se traduce en una pena en trabajos forzados con privación de libertad (28).

Los presidios más relevantes estuvieron situados en el norte de África. En 1497 se conquistaba Melilla y Cazaza; durante el siglo XVI España se hizo dueña de Mazalquivir (1505), Peñón de Vélez (1508), Orán (1509) y Ceuta (heredada junto a Portugal por derecho sucesorio de Felipe II en 1580). En el XVII se incorporaron Larache (1610), la Mamora (1614) (perdidas estas antes del siglo XVIII) y el Peñón de Alhucemas (1673). Hubo otras muchas posesiones (Trípoli, Peñón de Argel, La Goleta, Túnez, Bizerta, Tánger, etc.) pero en los nombrados la presencia española fue más dilatada. La última adquisición, en el XIX, fueron las islas Chafarinas, lugar donde la presencia de presidiarios fue destacada.

Aunque uno de los primeros presidios donde se enviaron reos fue en el de Ibiza, el resto se concentraron en la costa africana. A estos últimos se empieza a enviar condenados por diferentes jurisdicciones, en torno a mediados del siglo XVII. Antes de esta fecha, sirvieron reos de clase social elevada empleados exclusivamente en «armas» (29).

Dada la extrema necesidad defensiva de las plazas africanas, la legislación fue lentamente enfocándose hacia la pena de presidio, considerada en sus primeros momentos más suave que galeras o minas como se desprende de un expediente de 1677: «... que se apliquen al presidio de la Mamora solamente los reos que mereciesen menos penas que tres años de Galeras...» (30). Además de los reos «stricto

ejercito de Cataluña y no salga de el ni vuelva a esta Corte sin la manda del Consejo.»

(27) «Diccionario de Autoridades dedicado al Rey Nuestro Señor D. Felipe V». Madrid 1726, p. 458: «PRESIDIO: La guarnicion de soldados que se pone en las Plazas, Castillos y Fortalezas, para su guarda y custodia. Sale del Latino Presidium. Se toma tambien por la misma Ciudad o Fortaleza, que se puede guarnecer de soldados...»

(28) CADALSO, F.: «Los presidios españoles y las colonias penales». Madrid, 1891, p. 9.

(29) ALONSO ACERO, B.: «Orán-Mazalquivir, 1589-1639: una sociedad española en la frontera de Berbería», Madrid, 2000, p. 170.

(30) AHN, SACC, Consejos, libro 1243.

sensu», provenientes de un proceso penal por delito, se empezaron a enviar también a los vagos (31).

La demanda de presidiarios para obras públicas en la península durante el siglo XVI fue limitadísima y de carácter transitorio. Se conoce su cooperación a las obras del puerto de Málaga en 1594 al conmutar a esta pena a 150 galeotes; sin embargo, fueron de poca utilidad al estar permanentemente encadenados para evitar las fugas (32).

Luego, al arribo del siglo XVIII, las distintas formas de ejecución penitenciaria llevadas a la práctica se concretan de manera casi absoluta en una pena de trabajos forzados, ya sea en galeras, minas o presidios del norte de África. La configuración posterior de «presidios de obras públicas» o «presidios industriales» conllevará los mismos elementos (sujeción a un trabajo con privación de libertad), diferenciándose tan sólo en su ubicación.

2. La diversificación de destinos penales en el siglo XVIII

Durante ese siglo vamos a asistir al auge de los presidios del norte de África y a la decreciente aplicación en las formas ejecutivas tradicionales de galeras y minas. Aparecerá una nueva ejecución penal de extraordinaria importancia: los arsenales de marina, servicio que atraerá a muchos condenados desde mediados del XVIII y que contará con un destino realmente terrorífico: «aplicación a las bombas de

(31) AHN, SACC, Consejos, libro 1262, fol. 146: «Por la mucha falta de gente que ay en los pressidios de africa he resuelto se reiteren las ordenes dadas a las Chancillerias audiencias correjidores y demas justicias para que apliquen a ellas todos los reos que tuvieren delitos merecedores de purgarlos por este medio procurando assi mismo limpiar los pueblos de gente ocioosa y mal entretenida que no se les conoze hazienda ni honesto modo de adquirir el alimento y que sirven de perturbar la quietud publica... y para que se consiga mejor el fin mando se cierre la puertta a los yndultos de los delitos que no le merecieren y en que aya ynterbenido mas la malicia que la desgracia o el acasso».

(32) HERAS SANTOS, J. L.: «La justicia penal de los Austrias en la corona de Castilla», Salamanca, 1991, p. 304: cita tomada de AGS, GA, leg. 403: «Los 150 forçados que aqui se truxeron para trabajar en la fabrica deste muelle vinieron tan maltratados y flacos que sin duda es de creer que era la mas ruin gente que havia en las galeras y assi desde luego començaron a enfermar... de los mas recios y fuertes hemos dado orden que travaxen en las canteras con picos cuarenta dellos... se van ocupando en los travaxos que pueden sobrellevar porque como andan de dos en dos atados a un ramal de cadena no pueden servir en llevar piedra a la mar ni andar sobre las escalas ni en otras faenas que requieren gente suelta...».

achique», una de las facetas de mayor penalidad que en ninguna época haya existido en España, tan dura o más que galeras y minas, como se tendrá oportunidad de comprobar por los expedientes consultados. Apéndice de los arsenales, pero con sustantividad propia, se condena a bajeles y batallones de marina a partir de la década de los sesenta de ese siglo.

Respecto a los presidios peninsulares, salvo excepciones, es en el último tercio del siglo cuando empiezan a emerger, a imitación de los africanos, dedicándoles a trabajar en obras públicas de la localidad donde radiquen. Hay también constancia de la existencia de «presidios industriales» en fábricas de salitre o salinas. La carestía de soldados fue la causa para enviar a Puerto Rico y Filipinas muchos desertores (33) a finales del siglo, sirviendo en el ejército de ultramar. Reos inútiles, por ancianidad u otras invalideces, podrán quedarse en las cárceles y en algunos hospicios, casas de misericordia o casas de corrección dependientes de ellos, empleados en trabajos compatibles con sus minusvalías. Cierra el cuadro la persistencia de galeras de mujeres (34) con tintes cada vez más correccionalistas.

2.1 EL DECLIVE DE LA PENA DE GALERAS, SU PRIMERA SUPRESIÓN Y EL IMPACTO QUE PRODUJO EN LAS RESTANTES PENAS

La gran armada de galeras de la España del siglo XVI se había convertido a principios del XVIII en una escuadra con muy poca dotación de barcos. En 1 de febrero de 1700 (35) tan sólo cuenta con siete, «y

(33) Aunque se destinaron algunos reos para obras de fortificación de los presidios hispanoamericanos: Cfr. AGS, GM, leg. 4958, 4 de agosto de 1788: ANTONIO VALDÉS (Secretario de Marina) a GERÓNIMO CAVALLERO (Secretario de Guerra): «Con esta fecha doy orden al Presidente de la Contratación en Cádiz y al gobernador de Puerto Rico para que sean conducidos y aplicados a los trabajos de la isla de Puerto Rico Pedro León y Antonio Fernández del Río confinados en la plazas de Ceuta a quienes S.M. en castigo de su mala conducta y perversas costumbres, ha mandado trasladar allí a cumplir el tiempo que les resta de sus condenas».

(34) La «obrecilla» de Sor Magdalena de S. Gerónimo, se aplicó a modo de reglamento (sin estar formalmente aprobado), hasta que en 1796 se dicta una ordenanza publicada por D. Luis Marcelino Pereira, rigiendo la galera de Valladolid. Cfr. CANTERAS MURILLO, A.: *op. cit.* p. 31. La tendencia de estas regulaciones son más humanistas. El punto 3.º de la Ordenanza de la Casa de Instrucción y corrección de mujeres o galera de Burgos de 1797 específica: «... no siendo este establecimiento de castigo, sino para instrucción y corrección, no deberán ser enviadas por la justicia aquellas mujeres de delitos feos que merezcan pena corporal». Vid. RILOVA PÉREZ, I.: «La Galera de Burgos», Cuadernos Penitenciarios, n. 1, Madrid, 1999, p. 53.

(35) AGM, 2.ª Sección, 9.ª División, leg. 25: «Informe de la Junta de Galeras sobre envío de forzados a ellas».

son menester 1.579 remeros entre forzados y Moros, faltando 376... pero que considera por prezissos para supperar qualquier falta 450...» y aunque el autor de este escrito (el duque de Nájera, gobernador de las galeras) las reclamaba «... pues el servicio de dichas galeras tan urgente y nezessario para asistencias y socorros de las Plazas de Africa por tan immediatas a estos dominios y unicas las galeras para ocurrir a las urgencias en que se ven expuestas por las invasiones de los infieles...»; en realidad, las nuevas artes marítimas no necesitaban remeros (36), comenzando las galeras una época de languidecimiento irreversible.

Dos años después, en 9 de diciembre de 1701, el Consejo de Guerra indica que los remeros efectivos son 1.671 (1.092 forzados, 13 que han cumplido la condena y 566 esclavos), faltando 284 para completar la dotación. Este informe también ofrece la composición y carencias de personal en cada galera (37). El decaimiento de la flota de galeras es palpable en 1740 (38) sumando solamente 667 forzados y 483 esclavos.

La última regulación de la escuadra de galeras aparece en el Reglamento de 9 de noviembre de 1745. En él se establecía la construcción de galeras en Cartagena, cerrando su tradicional astillero de Barcelona: «...he venido en suprimir el Astillero, que hasta ahora ha permanecido en las Atarazanas de Barcelona...»; seguían siendo únicamente siete galeras, corriendo su financiación por la Comisaría

(36) El declive de las galeras se había iniciado a principios del xvi. THOMPSON, I. A.: *Guerra y decadencia. Gobierno y administración en la España de los Austrias, 1560-1620*. Madrid, 1977, p. 225: «... en 1620 sólo había soldados y marineros para tres galeras, y en julio de 1621 el rey ordenó una reforma global y redujo a 12 las 21 galeras que había. Ya no tenía importancia. Desde principios de siglo los corsarios de Berbería abandonaban los remos para adoptar las velas...».

(37) AGM, 2.ª Sección, 7.ª División, leg. 12, 9 de diciembre de 1701: «Informe del Consejo de Guerra y relacion de los forzados y esclavos que se hallan en las galeras que estan y numero de los que faltan»: Vid. apénd. doc. n. 4.

(38) PÉREZ ESTEVEZ, R.: «Delincuencia en la España del siglo XVIII: los presidiarios de Marina», Cuadernos de Investigación Histórica, n. 3, Madrid, 1979, p. 264, distribución de los 667 forzados y 483 esclavos:

GALERAS	Forzados	Esclavos	TOTAL
Capitana:	57	106	163
Patrona:	242	124	366
San José:	122	97	219
San Felipe:	128	76	204
Santa Teresa:	118	80	198

General de Cruzada. Respecto a la comida disponía: «... y para manutencion de tripulaciones y guarnicion se consumiran en los seis meses de campaña... raciones de Armada a 60 maravedis la racion»; pero los galeotes percibían peor ración (pues cada una costaba la mitad): «... a la Chusma, que corresponde a las siete galeras se distribuiran al año 694.800 raciones al respecto de 32 maravedis cada una...» (39)

Pero en menos de dos años del Reglamento citado, por Real Orden de 16 de noviembre de 1748, finaliza la armada de galeras. Aunque no he podido localizar el original, lo transcribe la importante Pragmática de 30 de octubre de 1749, donde se insiste que se comunique a los tribunales la supresión de esta pena (40).

Suprimidas las galeras, el problema subsiguiente era la pena sustitutoria; el obispo de Oviedo (gobernador del Consejo de Castilla) lo hizo presente, siendo contestado: «... como ya no havia Galeras à que poder sentenciar los Reos dignos de este castigo, debia commutarse esta pena en aquella que equivaliesse al delito... le informassen la Sala de Alcaldes de mi Casa, y Corte, y las del Crimen de las Chancillerias de Valladolid y Granada...». Con estos informes quedó aprobada, a Consulta del Consejo de Castilla, la pena equivalente en la Real Orden de 18 de octubre de 1749, que dispuso: 1.º Conmutar galeras por minas como norma general y que los galeotes con delito menos grave engrosaran los presidios africanos en obras de fortificación (no en el ejército), ya que dice «gastadores» (y en esa época tenía significado distinto al actual). 2.º Cubierto el cupo de las minas, el sobrante pasará a los presidios de África. Finaliza la Real Orden con el párrafo «y la circunstancia de que no puedan, aunque hayan cumplido, obtener su libertad sin la licencia respectiva», que alude a la cláusula de retención (41).

(39) AGM, 2.ª Sección, 10.ª División, leg. 280: «Reglamento de la Escudra de Galeras», aprobado por el rey Felipe V en San Lorenzo el Real y suscrito por el marqués de la Ensenada.

(40) AGM, 2.ª Sección, 9.ª División, leg. 25: 30 de octubre de 1749: «Pragmatica que su Magestad ha mandado publicar, estableciendo nueva Ley, para que los Reos, que merecen la pena de Galeras por delitos infames, precediendo verguena publica, ò azotes, se apliquen à las Minas de el Almadèn: "... por quanto en mi Real Orden de diez y seis de Noviembre del año proximo passado, fui servido resolver, que no se remitiesen ya en calidad de forzados, ni en otro modo, à servir en mis Reales Galeras los sugetos, que (segun hasta alli se havia practicado) mereciessen por sus culpas esta pena, porque mi Real intencion era, de que en lugar de ella se les impusiesse la que equivaliesse, y correspondiesse à sus delitos, y que se comunicasse à los Tribunales, y Jueces à quien tocasse para su observancia...».

(41) PORTUGUÉS, J. A.: «Colección general de las Ordenanzas Militares, por don Joseph Antonio Portugués. Tomo IV... desde 20 de julio de 1728 hasta el año

Pero para elaborar la Pragmática de 30 de octubre de 1749, distribuidora de galeotes por la supresión de galeras, se dio traslado a los fiscales del Consejo de Castilla en 27 de agosto de 1749, personas distintas de los informantes de la Real Orden de 18 de octubre de 1749. La pragmática comienza así: «... *mirando el beneficio de mis Vassallos, y que los Reos no queden sin el merecido castigo, à que les conduce su mala inclinacion... se promulgue nueva Ley, para que desde oy en adelante...*», siendo la continuación del texto, aparentemente parecida a la Real Orden dictada doce días antes pero con matices que la alteran profundamente (42).

Está claro, prevalecería la pragmática por su mayor rango y posterior fecha. La cláusula de retención permanece invariable (ampliada a que pudiera ser impuesta por el Rey, caso no infrecuente), pero ha desaparecido en la Pragmática la mención de enviar a los presidios los sobrantes de las minas. ¿A qué obedece esto? Creo se debe a que entendieron no sería ético insertar un precepto que pueda generar arbitrariedades injustas. El énfasis de la pragmática para el destino final a minas o a presidios se coloca en el término «delitos infames». El implicado en éstos y teniendo robustez irá a las minas; si no tiene

de 1758». Madrid, 1764, p. 375: «Real Orden de 18 de Octubre de 1749, sobre la pena que se ha de imponer a los reos, que antes se aplicaban a Galeras». «Con motivo de haberse extinguido la Esquadra de Galeras, ha resuelto S.M. que a los reos a quienes por sus delitos se imponía hasta aquí la pena de Galeras se mortifique desde ahora en adelante con la de destinarlos a servir en las Minas del Almadén; y a los de merito mas leve, a los presidios de Africa por gastadores: y que este ultimo castigo se aplique también a aquellos, que aunque merecedores de la pena de Minas, no puedan ser recibidos en ellas por exceder del numero que permita su trabajo, precediendo en unos, y otros delinquentes la verguenza pública, o azotes, que se acostumbra, dexando S.M. a la prudencia de los Tribunales la determinación del tiempo de condena, y la circunstancia de que no puedan (aunque hayan cumplido) obtener su libertad sin la licencia respectiva, la qual deberá darse con consideración al delito, y al delincuente».

(42) AGM, 2.^a Sección, 9.^a División, leg. 25: 30 de octubre de 1749 «Pragmatica que su Majestad...»: «... para que desde oy en adelante los Reos que merecian las Galeras por delitos infames, precediendo la verguenza publica, ò azotes, se apliquen por los mismos años à las Minas del Almadèn, siendo por su sanidad, y robustez a proposito para aquellos trabajos: Y que los Reos de los proprios delitos, pero débiles, y enfermos, con el adictamiento de verguenza, ò azotes, se destinen à los Presidios de Africa por el proprio tiempo en calidad de gastadores: Y los Reos del Estado Llano, que tienen la pena de Galeras por contravencion à mis Reales Pragmaticas, u otros delitos, que no irrogan infamia, los hayan de purgar en los Presidios con la misma calidad de gastadores, dexando, como dexo siempre, à la prudencia, y arbitrio de los Tribunales el aumento de años en la condenacion; y la circunstancia de que cumplidos, no salgan los Reos de los lugares à que fueron destinados sin permiso mio, ò el suyo, que deberá usarse con respecto al delito, y à la condicion del delincuente».

esa aptitud física, a los presidios como «gastador»; luego ha introducido una apreciación subjetiva (facilidad en desechar de las minas por aptitud física) en vez de la objetiva (desecharlos por exceder de cupo), siendo esta solución políticamente más correcta. Contiene también una particularidad especial que tampoco aparecía en la Real Orden: reos del «estado llano», haciendo referencia a que los de clase social elevada o militares de cierta graduación no se emplearían como «gastadores» en obras de fortificación, sino como soldados en los presidios; recuérdese que los nobles aparecían en esta época sirviendo como «soldados distinguidos».

La pragmática además se ocupa en resolver un tema particular: en Mallorca se daban «... *muy frecuentes robos, especialmente en caminos, retirandose los Reos à la Montaña en cuadrillas...*»; es una anticipación del bandolerismo que se incrementaría en la segunda parte del XVIII. Había que buscar una pena acorde, pues «... *estando pendiente una causa de ocho Reos que son dignos de la mas acerba pena extraordinaria...*»; calificándose como delitos no ya infames, sino atroces y feos, ordena se alojen en las minas y aquí sí determina «... *y quando por no haver lugar en ellas no pudieren tener este destino, se embiaràn à los presidios de Africa*».

También es fundamental esta pragmática porque regula por vez primera la aplicación de reos a «*Obras Reales y publicas*», para quienes «*no sean de esta clase*» (esto es, de delitos atroces o feos que obligatoriamente se condenarían al menos a presidio de África). Su redacción tiene los condicionantes de una pena de nueva implantación: «... *se les pondrà en un Quartel, ò del que saldràn à el trabajo que se ofreciere en la Plaza, con su grillete...*», pormenorizando el régimen penitenciario, señalándoles dinero para su subsistencia (la soldada, llamada «prést»), y el vestuario (43). La inclusión de la palabra «Isla» restringe su aplicación a Mallorca, pero el poder de difu-

(43) AGM, 2.^a Sección, 9.^a División, leg. 25: 30 de octubre de 1749 «Pragmatica que su Majestad...»: «... *augmentandoles el tiempo, ò minorandoseles, segun la calidad de sus delitos, y qualidad de los delinquentes, à el regulado arbitrio de los Jueces, en cuyo destino se les pondrà en un Quartel, ò Baluarte con bastante resguardo, del que saldràn à el trabajo que se ofreciere en la Plaza, con su grillete, y Escolta de uno, dos, ò mas Cabos de la Guarnicion, segun su numero... el dia de Fiesta solo puedan salir ò oir Missa con el mismo resguardo, concediendoles para su subsistencia el proprio prè que al Soldado de Infanteria, y un vestido cada año, reducido à dos camisas de municion, dos pares de zapatos, calzones, capotillo de paño basto, y un sombrero; y estando enfermos, se les cure en los Hospitales, dandoles el pan, y prè; y en defecto de Obras Reales, se apliquen, y destinen à las publicas de la Isla, donde huviere mas necessidad; siendo de la obligacion de los Pueblos, en cuya jurisdiccion se haga la obra, contribuirles con el pan, y prè por el tiempo que se emplearen en ella...*».

sión de una pragmática, la norma más solemne y de mayor rango existente, hizo se tomara como ejemplo a imitar en otras poblaciones.

2.2 LA REIMPLANTACIÓN DE LA PENA DE GALERAS Y SU ABOLICIÓN DEFINITIVA

Suprimidas por Fernando VI en 1748, renacen treinta y seis años después, concretamente en 31 de diciembre de 1784. La Real Orden de Carlos III en esa fecha dice: «*Con el objeto de esforzar por todos medios el corso contra los Argelinos, para que evidencien el poco fruto de sus piraterías, he resuelto restablecer mi Real Armada de galeras... à cuyo fin es mi Real voluntad, que los Tribunales y Justicias del Reyno sentencien al servicio de galeras, como se practicaba antiguamente à los reos que lo mereciesen*» (44); disposición que no se cumplió inmediatamente, pues hasta el 16 de febrero de 1785 no otorga Cédula el Consejo de Castilla ordenando que los tribunales sentencien de nuevo a esta pena.

Sorprende que en plena efervescencia del movimiento ilustrado se restableciera una pena con connotaciones peyorativas tan graves. Veamos entonces sus antecedentes, serie de documentos realmente apasionantes (45), iniciados por carta de Floridablanca (primer ministro) enviada en la misma fecha de su adopción, 31 de diciembre de 1784, a Campomanes (gobernador del Consejo de Castilla): «*Me dice el Sr. D. Antonio Valdés (Secretario de Marina) lo siguiente: con el objeto de esforzar por todos medios el corso contra argelinos... ha resuelto el rey restablecer las galeras...*». Se habían cedido onerosamente dos galeras construidas en Malta que estaban camino a Cartagena; pero como no había aún ningún condenado a galeras «... quiere S.M. que el Consejo consulte si de los reos ya sentenciados a otros destinos se podran y en que terminos aplicar algunos por conmutacion dejandoles o disminuyendoles el tiempo de sus condenas». La urgencia no admitía demoras, pues no había «chusma» para ocuparse de la navegación.

Sin embargo, se estimó necesario «... pedir informes a los gobernadores y salas criminales de las chancillerías y audiencias con expresion del numero de reos cuias causas esten sentenciadas, y rematados para salir a sus destinos, haciendolos detener en las carcelles...» (46); solicitar la opinión a órganos inferiores, dato de moderni-

(44) Novísima Recopilación: Ley 10, título 40, libro 12.

(45) AHN, Consejos, leg. 3010: «*Expediente por Real Orden de S.M. por la qual se sirbe restablecer las Galeras para el corso*». Vid. apénd. doc. n. 5.

(46) AHN, Consejos, leg. 3010: Resolución del Consejo de Castilla en 1 de febrero de 1785.

dad, significaba nuevos atrasos. Por ello, el Consejo de Castilla, en 16 de febrero de 1785, decidió que los órganos sentenciadores condenaran a galeras inmediatamente para que no se saturaran las cárceles ni se perjudicara los «fondos de cárcel» (presupuesto gestionado por las entidades locales), proponiendo la oferta de rebaja de la mitad del tiempo de condena a los condenados a presidio que admitieran voluntariamente la conmutación (47).

Fuera porque no había suficientes «voluntarios», pese a la rebaja enunciada, o porque Floridablanca dudaba de la legalidad de efectuar conmutaciones en reos ya sentenciados, pidió opinión jurídica a Campomanes respecto a que fueran redestinados a galeras: 1.º Quienes hubieran sufrido pena de azotes, considerada muy afrentosa, y 2.º Los sentenciados a las terribles «bombas en los arsenales» pendientes de conducirlos a ese destino. La respuesta de Campomanes, en carta personal, sólo lo admite si las conmutaciones tienen carácter voluntario, ofreciendo, como era habitual en él, datos de cariz histórico: «... a tales reos aunque se les modere el tiempo de la condena siempre se les aumenta la pena con el trabajo que sufriran al remo y grillete, ostigados a impulsos del comitre que castiga casi incesantemente la chusma de los remeros...» (48).

Mientras esto ocurría, aprueba el Rey la primera sentencia a galeras impuesta por el gobernador de Ceuta, siguiéndola otras muchas (49); pero como todavía no estaban armadas, pasaron los galeotes a engrosar el número de presidiarios del arsenal de Cartagena. Y es que la compra de las dos únicas galeras «San Luis» y «Magistral» (este nombre pareció poco apropiado, y fue cambiado por «Concepción») se formalizó

(47) AHN, Consejos, leg. 3010: Resolución del Consejo de Castilla en 16 de febrero de 1785. «El Consejo... ha acordado expedir la cedula... (orden para que sentencien a galeras) por todo el tiempo que era indispensable gastar en adquirir estas noticias, instruir expediente, consultar a V.M. y esperar Real Resolución, resultaria gravamen intolerable a los fondos de las cárceles y perjuicios por excesivo número de reos que se juntarian en ellas... el metodo mejor es que hagan saver a todos los reos destinados a presidio que si quisiesen se les conmute esta pena en galeras, se les indultaria de la mitad del tiempo de su condena, o lo que sea del agrado de S.M. Tambien convendra se comuniquen ordenes a los gobernadores de los presidios para que practiquen la propuesta con los reos que ya existen en ellos...».

(48) AHN, Consejos, leg. 3010: la carta de Floridablanca en 28 de febrero de 1785, y la respuesta de Campomanes, en 13 de mayo del mismo año. *Vid.* apénd. doc. n. 6.

(49) AGS, SG, GM, leg. 4986. Ceuta, 15 de junio de 1788: «Haviendose seguido causa criminal de oficio contra el desterrado Antonio Balar, por robo de porcion de ropa blanca en las casas del canonigo de esta Iglesia cathedral don Manuel Aparicio lo he sentenciado con acuerdo y parecer de mi Auditor de Guerra, en 200 azotes, y 6 años de galeras al remo y sin sueldo, segun resulta del testimonio que original acompaño para que se sirva comunicarme la Real aprovacion para que el citado reo se traslade de este a su nuevo destino». Resolución: «Aprobado».

en 22 de abril de 1785. A tan exigua escuadra, remozada como galera, se uniría la galeota «Santa Rufina» (50).

Pero la opinión del Consejo de Castilla emitida el 18 de junio de 1785 (51) por la Sala Plena, presidida por Campomanes, es contraria a la reimplantación de las galeras manifestando admirablemente el pensamiento ilustrado; es de enorme valor jurídico, fruto de concepciones muy elaboradas de lo que representaba la pena para el delincuente y la sociedad: *«El Consejo, Señor, no puede prescindir del concepto que deve hacer de las penas que las leyes han establecido a los delitos cometidos despues de su publicacion, ni de la comun opinion de las gentes que califica y gradua la infamia que padezen los delinquentes por la pena que sufren. Los ya sentenciados cumplen satisfaciendo la pena que se les impuso en la sentencia: su delito les hizo siervos del destino a que les condujo la infraccion de la ley al tiempo de cometerle... no puede hacerse justa conmutacion de la pena de bombas de presidio en gastador y de presidio del que fue azotado, en la de galeras en tanto grado que aun quando consistiese el reo resultarian grabes inconvenientes irreparables; porque la maior infamia que al reo le irrogaba hacerse de peor condicion seria transcendental a su familia a la que no puede perjudicar de consentir una comutacion que no tiene extremos en la balanza y fiel de la justicia».*

Luego el rechazo es absoluto; ni siquiera admite la posibilidad de conmutación mediante la rebaja de tiempo condenatorio. Crítica que pretende sea constructiva, pues añade como solución que los remeros sean voluntarios: *«... atendida la necesidad de completar la chusma de galeras, parece al Consejo admitir gente voluntaria por campañas con salario como se hacen en Roma, Genova, Malta, y otras partes, asi como se admiten a jornal para el trabajo de las Bombas en los diques de Cartagena e ysla de León y tambien en Almaden despues que V.M. mandó que ya no se impusiese a los reos esta pena por las justas reflexiones que influyeron. Hay riesgo de que se amotinen y pasen a los moros en las galeras...».*

No se siguió el parecer del Consejo de Castilla; fueron sucediéndose actividades y nombramientos para equipar tan ridícula escuadra, compuesta por dos galeras y una galeota todavía en remodelación: se nombró a don Antonio Angosto *«Jefe de la Real Armada de Galeras por la experiencia que tiene de estos buques en 51 años en las Armadas de España y Nápoles»*, y quedó diseñado el plantel de dotación, fijando 280 galeotes en cada una, supervisados por *«cuatro capataces de forzados y ocho marineros de guarnicion de forzados»*, formalizándose la alimentación y vestuario. Hasta

(50) SEVILLA Y SOLANAS, F.: *op. cit.*, p. 206.

(51) AHN, Consejos, leg. 3010.

se pretendió, en la sesión de 2 de octubre de 1787 de la Junta del Departamento del arsenal de Cartagena, contra toda lógica, trasplantar el Bando del Duque de Fernandina de 19 de abril de 1663 estipulando el castigo de los forzados en campaña (52).

Todo eran proyectos que difícilmente encajaban ante una realidad que seguía sin tener adjudicados el suficiente número de galeotes. Por eso, una Real Orden de 27 de enero de 1787 (53) reguló: «... *los reos de graves delitos, que por su naturaleza pidan el destino de galeras, se confinen a ellas, como los que hayan escalado las cárceles ó presidios...*».

El destino más terrible del arsenal de Cartagena era el de «bombas de cadena» y según el parecer del Capitán General del Departamento, don Joseph de Roxas, estaba comprobado que la pena de galeras y la de bombas, por su dureza, no tenían nada que envidiarse. Era perfectamente válida su conmutación; conocida esta circunstancia, se dirige de nuevo Floridablanca a Campomanes: «... *se dé a los individuos la aplicacion que ha propuesto Roxas y se condene a galeras los delinquentes que iban a bombas*» (54). Y es que por las mismas fechas se iban sustituyendo, aprovechando el invento del vapor, las «bombas de cadena» por máquinas con la misma función llamadas «bombas de fuego». Así, por Real Orden de 1 de junio de 1787, se dictó: «*Restablecidas las galeras, y suprimido el trabajo de las bombas de cadena para desaguar los diques de Cartagena con el establecimiento de las de fuego, han quedado sin aplicacion los reos de delitos graves... y como una y otra fatiga han sido reputadas por de una propia naturaleza, he tenido a bien determinar, que se condenen á galeras los delinquentes que hasta aquí se han sentenciado á bombas; bien entendido, que como las circunstancias pueden hacer eventualmente necesario el uso de estas* (55), *ha de expresarse, que en tales casos*

(52) SEVILLA Y SOLANAS, F.: *op. cit.*, p. 214: Figura el Bando del duque de Fernandina de 1663, castigando: «al forzado que jurase el Ssmo. nombre de Dios 1 año mas de galera; al que hiziere armas en galera, pena de muerte; al que fuma o vende tabaco, un año mas de galera y si es esclavo, 50 palos; al que se hiziese crecer el pelo antes de los seis meses para salir en libertad o que fuere vestido de cabo y no de forzado, pena arbitraria del comandante; al que vendiese el vestuario, seis meses mas de galera por cada pieza que vendiese; al que ha salido a libertad y no se ausenta del lugar de las galeras, dos años de galera; al que cometiese fuga, dos años más de galera; a las tres bancadas, esto es, en la estova y en las dos laterales, dos años más de galera a todos los forzados de las dichas tres bancadas».

(53) Novísima Recopilación: Ley 12, título 40, libro 12.

(54) AHN, Consejos, leg. 3010.

(55) Como efectivamente ocurrió, ya que en 15 de enero de 1788 se especifica: «han de gozar racion del presidio con un quartillo de vino los forzados de galera quando se empleen en las Bombas para achicar los Diques de Carenas...». *Vid.* SEVILLA Y SOLANAS, F.: *op. cit.*, p. 229.

han de sufrir tambien esta fatiga...» (56). El Consejo de Castilla en 14 de junio de 1787, en Sala Plena, firmando como presidente don Gerónimo Belarde, se conformaba con la solución: «... *cambiadas las bombas de Cartagena con las de fuego, no halla inconveniente ni reparo en que se ponga en execucion lo que S.M. determina...*» (57).

Recapitulemos: se restauran las galeras en 1784, pero aún en junio de 1787 por falta de galeotes no se han hecho a la mar. ¿Conseguirían hacerlo? Tan sólo por medios indirectos puede darse respuesta aproximativa. En 27 de septiembre de 1787 se aprueba la financiación por el Banco Nacional de San Carlos del aprovisionamiento de las galeras (58). Un dato mueve a pensar, salieron a navegar, pues, como había ocurrido anteriormente, a algunos no se les dio libertad estando cumplidos, reaccionándose tajantemente (59). Existió una propuesta del comandante del arsenal, don Pedro de la Riva, en 18 de julio de 1794: «*que en el concepto de no ser continua la permanencia de los forzados en galeras, donde solo se ejercitaban en abrir estopa, y sí en el Quartel del presidio, donde se destinan a los mas pesados trabajos del arsenal que de consiguiente es mayor el destrozo de ropa, se les suministrare la de los del arsenal, con distintivo de que son forzados añadiendoles un par de calzones de lienzo para que en el caso de armarse las galeras puedan ir mas frescos y desembarazados en la boga*». La conclusión más natural del párrafo es que en 1794, aunque hayan salido alguna vez las galeras, ha sido esporádicamente. Y en 18 de junio de 1795 se indicaba: «... cuando las galeras se hallen armadas manteniendose en puerto o en mar se de a los forzados racion ordinaria de Armada sin vino...», significando entonces que no están armadas, impidiendo su navegación.

(56) Novísima Recopilación: Ley 9, título 40, libro 12. La minuta está en AHN, Consejos, leg. 3010.

(57) AHN, Consejos, leg. 3010.

(58) Los galeotes percibían el mismo tipo de género especificado. Pero por pérdidas sufridas renunciaron los accionistas del banco a las provisiones de víveres del ejército y armada, aceptándose por el rey Carlos IV en 18 de octubre de 1790, sustituyéndolo, en las mismas condiciones, la Diputación de los cinco Gremios mayores de Madrid. Cfr. SEVILLA Y SOLANAS, F.: *op. cit.*, p. 220.

(59) Real Orden de 18 de marzo de 1792: «Que los forzados cumplidos que hay en las galeras no sean detenidos ni un momento en aquellos duros trabajos, á menos que su sentencia contenga la calidad de retencion, poniendose, desde luego en libertad, sin aguardar que las galeras vuelvan al Departamento y si para esto fuere absolutamente necesario que los cumplidos continuen trabajando, entonces lo deberan hacer, no ya en calidad de forzados, sino como marineros que trabajan libremente por su paga, de modo que donde quiera que esten las galeras y cualquiera que sea su situacion, no deben tratarse a los cumplidos como á los que no lo son...». *Vid. Sevilla y Solanas, F.: op. cit.*, p. 210.

Vuelven a faltar galeotes en 13 de abril de 1799 cuando se cuenta ya con la extraordinaria cifra de cuatro galeras. Por ello se representa la oportunidad de admitir nuevos «voluntarios» de los presidiarios del arsenal dándoles una gratificación y rebaja del tiempo de condena: «*Considerando que para las quatro Galeras hay escasez de forzados, propuse al Rey que podría suplirse con gente del presidio que se presentara voluntariamente, siempre que se les estimulase con permanecer distinguidos de aquellos en traje y pelo, gozando racion de Armada, sin vino y una gratificacion de 15 reales al mes á que se podia añadir alguna rebaja en sus condenas, y conformandose el Rey me comunica el Excmo. Sr. D. Juan de Langara: aprueba el Rey quanto V.e. propone y por lo que hace a las rebajas de sus condenas se extiendan hasta dos años, conforme a la honradez, zelo y desempeño con que se distinguan*» (60).

Vano intento; en 15 de noviembre de 1800 las galeras «S. Luis» y «Concepción», las primeras adquiridas, se excluyen por estar podridas y los galeotes «*no ejecutan trabajo alguno, estan desocupados y en la mayor ociosidad en el arsenal...*». Ante esta circunstancia y quizá estirando una fecha que buenamente debiera haberse dictado antes, acababa la penalidad de las galeras en España mediante el Real Decreto siguiente: «*El Rey se ha servido resolver que por ahora no se destinen reos á galeras, mediante á no hallarse en estado de poder servir. Lo comunico á V. E. de Real orden para su cumplimiento en la parte que le corresponde...17 de diciembre de 1803*» (61).

Por los datos aportados, estimo que la aplicación de la pena de galeras en esta segunda época lo fue en un período muy corto y, ante la ausencia de acciones relevantes, no servirían para otra cosa que aprovisionar los presidios norteafricanos. Es la consecuencia de pretender implantar elementos del pasado obsoletos en una sociedad que por sus características no entendía ya que la ejecución de las penas tuviera como único fundamento el sufrimiento de los condenados.

2.3 EVOLUCIÓN DE LA PENA DE MINAS DURANTE EL XVIII: EL TIPO DE TRABAJO AL QUE SE DEDICARON LOS FORZADOS Y LA EXTINCIÓN DE ESTA MODALIDAD PENITENCIARIA

Si hasta mediados del XVI, la transformación del mercurio se reducía a los artesanos que doraban o plateaban objetos, fabricación de lacre y empleando el polvo de cinabrio como colorante (bermellón, aplicado desde los romanos), las propiedades mercuriales de disolver

(60) SEVILLA Y SOLANAS, F.: *op. cit.*, p. 212.

(61) AGM, 2.ª Sección, 9.ª División, leg. 25.

y amalgamarse con el oro y la plata, siempre habían llamado la atención. El sevillano Bartolomé de Medina implanta en México en 1554 un procedimiento metalúrgico en frío mediante amalgamación «*para beneficiar la plata con azogue o mercurio... con menos costa de gentes... carbón ni leña*», y aunque los minerales ricos en plata siguieron beneficiando por fusión, se reprocesaron las escorias por amalgamación, disparándose por este motivo la demanda de mercurio destinada a conseguir la plata americana, haciendo de Almadén el principal centro productor (62).

Agotadas las minas del «Pozo y la Contramina», en 1699 se descubren otras: la «mina del Castillo» y la «Hoya»; y en Almadenejos, localidad distante 11 kilómetros de Almadén, aparece una más. Estas minas tenían la cualidad de poseer mayor riqueza y ser fáciles de drenar por gravedad sin necesidad de acudir a los tornos manuales de achique, ocupación de condenados y esclavos. Además, el uso desde 1698 de la pólvora permitió multiplicar la producción, pasando de 1.200 quintales anuales en 1698 a 12.000 en 1702. Con estos medios llegó a profundizarse a mediados del XVIII hasta los 200 metros en «Almadenejos» y llegaba la del «Castillo» a 118 metros cuando, en 7 de enero de 1755, se declaró en ésta un voraz incendio que no lograría sofocarse hasta dos años después (63). Se achacó la culpa a los reos y para evitar otros riesgos fueron destinados «... *los exteriores desde que el año de 1755 las incendiaron...*» (64). La duración del incendio se debió a que las galerías tenían entibaciones de madera, material que fue cambiándose posteriormente por muros de mampostería. No sería el único siniestro, pues en 1750 se produjo el hundimiento de otra mina (65), pero sí el de mayores proporciones.

La labor de los forzados empezó a aliviarse al reemplazar en 1756 algunos tornos manuales de achique por bombas que, aunque accionadas a mano, subían el agua por aspiración. Mejor técnica llegaría en 1799, haciendo que las bombas funcionaran por máquinas de vapor. Pese a todos los avances, la situación en las últimas décadas del siglo XVIII en la «mina del Castillo» era desesperada: se alcanzaban 628 metros y a esa profundidad la extracción del mine-

(62) FERNÁNDEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ TASCÓN, I.: *op. cit.*, pp. 52, 60 y 63.

(63) El expediente del incendio se guarda en AHN, FC, Minas Almadén 3/233.

(64) AGM, 2.ª Sección, 10.ª División, leg. 280.

(65) AHN, FC, Minas Almadén, leg. 65, 2 de mayo de 1750: El superintendente de las minas, don Francisco Obis, a las Justicias de varias localidades de la Mancha: «... *siendo preciso atender con preferencia el abasto de pan en la fabrica del Almaden por la utilidad que motiva a la Real Hacienda los forzados y la ganan, debido a haberse hundido una de las Minas, se ha prevenido que se abastezca con los granos de varias localidades de la Mancha...*».

ral, el achique de agua y la ventilación presentaban dificultades enormes. El aire estaba viciado por las voladuras, sintiéndose incluso en el exterior al ser insuficiente el pozo de San Teodoro, chimenea por donde salían los vapores tóxicos, afectando a todos los trabajadores.

La población penal de Almadén siguió compuesta por reos y esclavos apresados de barcos piráticos, generalmente musulmanes. Las autoridades de la mina eran, en 1701, partidarias de emplear esclavos «... *son mejores y mas dociles trabajadores*» y pretendieron se suprimieran los envíos de condenados (66).

A raíz del tratado de paz entre España y Marruecos de 28 de mayo de 1767 fueron libertados los cautivos de ambos países, quedándose Almadén sin esclavos marroquíes (67), aunque permanecieran los de otras nacionalidades. Los reos, igual que en galeras, pertenecían todos a un grupo muy especial: provenían de «delitos feos y denigrativos» (68) y como también podían integrar ese grupo algunos enviados a presidios de África se les añadía la característica de ser potencialmente más peligrosos.

Felipe V otorgó una Ordenanza de minas en 31 de enero de 1735: «Ordenanzas de Su Magestad... para el gobierno de las Fabricas y Minas de azogue del Almaden...», que trataba de la organización y labores, en especial los procedimientos por medio de barrenos para voladura y extracción (69); contiene bajo el capítulo: «*De los oficios de Alcayde y Sotaalcaide de la Carcel de forzados y esclavos; vestidos, y raciones, que se les deben dar; Capellan que debe haber, y enfermeria que en ella ay*», conceptos presidiales abordados en los artículos 214 a 247 (70).

En tres memorias procedentes de visitas a lo largo del siglo XVIII existen referencias a los penados: don Bernard de Jussieu la conoció

(66) PIKE, R.: *Penal servitude in early modern Spain*. Wisconsin, 1983, p. 38.

(67) Fueron libertados antes del tratado pero como consecuencia de éste. En 12 de mayo de 1767, «se le presentaron (iban los esclavos marroquíes con el séquito de D. Jorge Juan, comisionado enviado para la ratificación del tratado) al Emperador los 285 moros cautivos, que S.M.C. envió a aquel Monarca, quien se hizo cargo de ellos desde este día, señalándoles alojamiento fuera del Jardín». Vid. RODRÍGUEZ CASADO, V.: «Jorge Juan en la Corte de Marruecos». *Revista General de Marina*; Suplemento al n. de agosto de 1941, p. 23.

(68) AHN, Consejos, leg. 5993. Consulta del Consejo de Castilla en 25 de septiembre de 1770: «la condenacion de minas siempre se ha practicado y practica con los reos de delitos graves que por alguna circunstancia particular se livertan de la pena ordinaria» (de la de muerte).

(69) MATILLA TASCÓN, A.: *Historia de las minas de Almadén*, T. 2, Madrid, 1958, p. 115.

(70) SALILLAS, R.: «La cárcel real de esclavos...» *op. cit.*, p. 2.

en 1717, don Guillermo Bowles en 1752 y don Betancourt y Molina en 1783. El informe del último es el más preciso y técnico, no en vano está considerado el ingeniero de mayor envergadura del período ilustrado; Jussieu comentaba que las nulas condiciones higiénicas de los forzados les hacen sucumbir: «... *los trabajadores (libres) cuando retornan de la mina, se desprenden de los vestidos laborales, cambiándose de pies a cabeza y sobre todo de los zapatos manteniéndose sanos, en lugar de los pobres forzados que la miseria no les permite cambiarse de ropa, comen en la misma mina donde toman el pan sin lavarse, expuestos a la parotida con toses y pustulas repartidas en su cuerpo, accidentes que vienen del contacto de las partículas de mercurio en los poros de la piel...*». Bowles fue autor de uno de los libros más clásicos y conocidos en su momento: «Introducción a la Historia Natural y a la Geografía Física de España», publicado en 1775 y objeto de varias traducciones. Su visita por encargo de don Ricardo Wall (Secretario de guerra) en 1752 quedó reflejada en el libro, y a juicio de Betancourt no expresa en absoluto la realidad de los forzados. Dice Betancourt: «*todos los vecinos del Almaden aseguran que Bowles no entro en la mina... que Bowles habla que los forzados no padecen nada ni hacen mas que acarrear tierra en los carretoncillos pero que son tan bribones que se fingen paraliticos...*». Por la gran difusión de la obra de Bowles se generó una distorsión de la realidad, que estimo llegara a los razonamientos de la cédula de 1800 suprimiendo este destino penal.

Veamos la opinión de Betancourt en 1783 sobre los «carretoncillos», principal trabajo de los penados después del incendio de la mina del Castillo en 1755: «*los que el (Bowles) llama carretoncillos pesan vacios 16 arrobas y se les carga casi igual peso de piedra componiendo de 31 a 32 arrobas (como una arroba pesaba alrededor de 11,5 kilogramos el peso trasladando lleno el carro era de unos 368 kilogramos) las quales debe conducir un solo forzado por largo trecho...*»; y en otro párrafo señalaba: «*Quando han levantado a fuerza de brazos por el torno grande una porcion de piedra mineral, hacen entrar seis forzados cada uno empujando un carro... hasta llegar al torno grande donde se carga... como este es un trabajo tan penoso, solamente a los forzados se puede obligar a que lo hagan, y ellos mismos me han dicho que el trecheo con estos carros es lo que mas sienten de todo lo que les mandan hacer*» (71).

(71) FERNÁNDEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ TASCÓN, I.: *op. cit.*, pp. 254 y 260.

Siguieron los tribunales enviándolos (72) hasta que con la llegada del siglo XIX acabó la pena de minas (73) distribuyéndose los 110 presidiarios que quedaban, a otros destinos, en especial al presidio de Ceuta. La orden de cumplimiento, de 25 de agosto de 1800, decía: «*Habiendo hecho presente al Rey que los reos condenados en justo castigo de sus graves delitos por todos los Tribunales y Justicias del Reyno á los trabajos interiores de las Reales minas de azogue de Almaden, se destinaban solo por poco tiempo, y con mucho gravámen de la Real Hacienda, á los exteriores (aunque por lo citado se desprende que no estaban precisamente ociosos) desde que por el año de 1755 las incendiáron; y que ademas de quedar sin la correccion que merecian sus excesos, los multiplicaban de varios modos, y las fugas que con repeticion han intentado y conseguido en muchas ocasiones por la dificultad de enviar á su resguardo la tropa de Infanteria y Caballería, privando tambien á los operarios que voluntariamente se ocupan en los mas penosos trabajos del alivio que necesitan, y logran quando se emplean alternativamente en la profundidad y superficie: se ha servido S.M. extinguir enteramente el Presidio de Almaden, y mandar que desde luego se trasladen a Málaga, ó al parage que V.E. estime mas conveniente, para que cumplan el tiempo que les resta de sus respectivas condenas los ciento diez presidiarios que existen allí, y previniendo á los Tribunales y jurisdicciones militares de esta Real resolucion, á fin de que esten advertidos de que en adelante no deben sentenciar reo alguno á los trabajos de las minas de azogue. Dios guarde á VE muchos años. San Ildefonso 25 de agosto de 1800*» (74).

(72) En AHN, FC-Minas Almadén, 3 (65), aparecen nombres e instancias de forzados correspondientes a los períodos 1760-1781 y 1783-1792. Los tribunales dejarían de enviarlos un año antes de la fecha de extinción de la pena de minas, en 23 de agosto de 1799, en virtud de la *Real Orden para que no se condene reo alguno a las minas de azogue del Almaden*. Cfr. AHN, Consejos, libro 1499, n. 117.

(73) Merece la pena reseñar el dato, aunque caiga completamente fuera del objeto de este estudio, el hecho de que por resultas de la guerra civil española de 1936, y con la Ley de 8 de septiembre de 1939, creadora de las colonias penitenciarias militarizadas, volvieron a enviarse condenados a las minas de Almadén, encardinados en «Destacamentos Penales»; el motivo, exactamente el mismo que cuatro siglos antes: las dificultades para encontrar obreros libres como consecuencia de la guerra. Estuvieron los penados hasta la década de los años cincuenta, suprimiéndose el servicio de colonias penitenciarias militarizadas en el Decreto de 8 de octubre de 1960. Vid. GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid, 1983, p. 155.

(74) AGM, 2.ª Sección, 10.ª División, leg. 280. En AHN, Consejos, leg. 3011, viene la carta de Jose Antonio Caballero (Secretario de guerra) al Gobernador del Consejo (don Gregorio de la Cuesta) en agosto de 1800 que motivó el expediente de abandono de las minas por forzados titulado: *Expediente formado en virtud de Real Orden en que S.M. se ha servido extinguir enteramente el presidio de Almaden y mandar que trasladandose a*

2.4 LOS ARSENALES DE MARINA

2.4.1 *Necesidad de una armada poderosa y ubicación de los arsenales*

La rehabilitación de la marina en el siglo XVIII, obra que llevan a cabo principal y sucesivamente Alberoni, Patiño y Ensenada, conlleva un elemento esencial: la construcción de buques en arsenales. Con el cardenal Alberoni comienza este despliegue situando el colegio de marina en Cádiz y estableciendo astilleros en Galicia y Cataluña. Su colaborador y continuador sería don Jose Patiño, que desde el cargo de Intendente general de marina en 1717, rehabilitó el arsenal de Cádiz y consiguió que las potencias europeas se mostrasen preocupadas con sus logros. Pero es don Zenón de Somodevilla (marqués de la Ensenada), quien desde su cargo, entre otros, de la Secretaría de Guerra dio el golpe definitivo para contar con una armada respetable.

Esta prioridad constructiva de bajeles ya fue sentida por su antecesor en la misma Secretaría don José Campillo (75). Así, en 1747 dirige Ensenada a Fernando VI un memorial estableciendo la absoluta necesidad de proseguir con el impulso: «... *No hay potencia en el mundo que necesite más las fuerzas marítimas que la de España, pues es península y tiene que guardar los vastísimos dominios de América que la pertenecen; y mientras la España no tenga una marina competente no será considerada de Francia e Inglaterra... yo no diré que puede V.M. en pocos años tener una marina que compita con la de Inglaterra... pero sí tener el numero de bajeles para que, unidos con los de Francia se prive a ingleses del dominio sobre el mar...*» (76).

Establecidos los departamentos de marina (77) en Ferrol, Cartagena y Cádiz, estos puntos atraerían el empeño para la industria naviera remodelando sus arsenales.

otro los forzados que existen en aquella villa para que cumplan el tiempo de sus condenas se comunique a todos los tribunales y Justicias superiores e inferiores, que en lo sucesivo no condenen reo alguno a los trabajos de minas de Azogue.

(75) CAMPILLO, J.: *Lo que hay de más y de menos en España para que sea lo que debe ser y no lo que es*, 1741, ed. Madrid, 1965, p. 97: «Los astilleros, que continuamente debían mantener muchos hombres empleados en la incesante construcción de navíos, se conoce ser destinos para semejantes fábricas sólo por el nombre y por algunos cortos fragmentos que de ellos se observan. Dejó más la aplicación de nuestros antepasados que el cuidado de los del presente tiempo; se tiene por maravilla cuando se arroja un navío nuestro al mar, pudiendo echar cinco o seis lo menos en cada un año, o tenerlos prevenidos para cuando el crítico tiempo de la necesidad los pidiese».

(76) ESCUDERO, J. A.: *Los orígenes del Consejo de Ministros en España*, T. 1. Madrid 1979, p. 125.

(77) El gobierno de un departamento marítimo pertenecía a un comité llamado Junta de Departamento, que la presidía el capitán general y constaba de cinco o seis

El arsenal del Ferrol, elegido por don José Patiño, se remonta a la Real Orden de 5 de diciembre de 1726, creándose en «la Graña», un barrio satélite, que gracias a su inmejorable situación estratégica fue prevalente frente a otras posibles localidades candidatas de Galicia, Santander, Asturias y País Vasco. Provocó una densa migración, cuasi forzosa hacia los municipios, de peones y jornaleros de toda Galicia y gozaba en 1728 de gran actividad. Viéndose la Graña insuficiente para la enorme estructura se trasladó en 1750 a la ensenada de Caranza, junto al núcleo urbano del Ferrol. A mediados de siglo contaba con 15.000 operarios, hallándose en construcción en algún año doce grandes navíos a la vez, «cosa nunca vista en Europa». Tuvo su máximo apogeo durante 1752 a 1778, sucediendo luego una fase de declive (78). El marqués de la Ensenada dictó múltiples providencias para aumentar la mano de obra y, puesto que urgían aún más, en 1752 se recondujeron 800 vagabundos y gitanos.

El de Cartagena se moderniza a mediados del XVIII, a partir de 1 de julio de 1749, llegando en plena efervescencia hasta 1782, momento en que aún contaba con más de 5.000 operarios. En cambio, en 1808 sólo mantenía 700 y: «... la darsena se llenaba de arena y de inmundicias, las calas estaban secas... no había madera ni metales en los almacenes...», síntomas de un completo agotamiento (79). Aparte de unos almacenes para albergue de presidiarios, las antiguas galeras que quedaron ancladas en Cartagena sirvieron para el mismo fin alojándose también en ellas: vagos, gitanos y esclavos; en 1763 constituían la habitación de 1.270 hombres de todos los grupos enunciados (80).

El otro gran arsenal era el de Cádiz. El marqués de la Ensenada juzgó poco segura la posición de los muelles en el Puerto de Santa María y le situó en la antebahía de Cádiz, en el lugar llamado «La Carraca». Aquí, ocupando cien hectáreas en la orilla oriental del canal de Sancti Petri, los ingenieros don Julián Sánchez y don Tomás Muñoz

miembros, todos ellos militares, a excepción del intendente. Gozaba de plenos poderes sobre la administración, contabilidad y los trabajos del arsenal. El arsenal tenía seis jefes superiores: el capitán general (jefe militar, juez de apelación para los del fuero de marina, con atribuciones judiciales amplias), el comandante, el subinspector de almacenes, el ingeniero jefe, el comandante de artillería y el intendente. Se recogía en la jurisdicción criminal la de los marineros y asimilados al Cuerpo e incluso las infracciones cometidas por personas ajenas a la marina en el interior de los arsenales. Vid. DESDEVISES DU DÉZERT, G.: *La España del Antiguo Régimen*, ed. Madrid, 1989, pp. 545-547.

(78) MEIJIDE PARDO, A.: *Contribución a la historia de la industria naval de Galicia. Los arsenales de Ferrol en el siglo XVIII*, Lisboa S/F, p. 15.

(79) DESDEVISES DU DÉZERT, G.: *op. cit.*, p. 570, citando el informe del ingeniero Muñoz a Napoleón en 1808.

(80) SEVILLA Y SOLANAS, F.: *op. cit.*, p. 204.

abrieron calas para carenar, parque de artillería, doce astilleros, levantaron un presidio, llamado después «Cuatro Torres», etc., consiguiendo una infraestructura impresionante a la que se uniría por decisión de Carlos III, en la orilla occidental del canal nombrado, la nueva ciudad de San Carlos donde quedó instalado un conjunto de edificios militares de primer orden. A todo este complejo se añadiría la llamada entonces Isla de León (81) (que cambió de nombre en 1814 por San Fernando de Cádiz) y el observatorio astronómico, consiguiendo que la bahía de Cádiz se convirtiera en uno de los mayores y más bellos puertos militares del mundo (82). Tendría la misma época de apogeo llegando su decadencia algo más tarde que los anteriores (en 1795 tenía 5.518 obreros y estaba abundantemente abastecido); pero después del desastre franco-español contra Inglaterra en la batalla de Trafalgar (cerca de Cádiz, en 1805, donde se perdieron muchos de los barcos construidos) sufrió el abandono, relanzándose posteriormente.

2.4.2 *Las personas obligadas a trabajar en los arsenales: gitanos, vagabundos, esclavos y condenados*

En estos tres puntos se ejercería una nueva modalidad penitenciaria: trabajo en arsenales de marina, antecedente de los presidios industriales. Serían destinados gitanos, vagos y reos. Respecto a los gitanos ingresados hay que hacer un importante inciso: los había condenados en sentencia por delitos pero también, y en gran medida, otros provenientes de la persecución secular por el mero hecho de serlo y encontrarse con ocupación «sospechosa». Un estudio histórico en profundidad desbordaría el objeto del presente trabajo (83). Fueron

(81) A la que se trasladarían algunos presidiarios de La Carraca, y por insuficiencia se ordena en 24 de septiembre de 1784 se sentencien reos a la Isla de León: carta del Conde de Campomanes (gobernador Consejo) a don Pedro Escolano de Arrieta: «con motivo de ser necesarios muchos peones para las obras del Dique de Carenar que se está construyendo en la Ysla de Leon, me comunica el Sr. Conde de Floridablanca la siguiente Real Orden: he hecho presente al Rey quanto Ve expuso en su papel de 10 de este mes en contextacion al que le pasé con ocasion de los oficios del Sr. don Antonio Valdés, para que por la Chanzilleria de Granada y Audiencia de Sevilla se apliquen los delinquentes robustos y dignos de el trabajo de bombas, a las obras del arsenal de la Ysla de Leon...». Cfr. AHN, Consejos, leg. 3011.

(82) DESDEVISES DU DÉZERT, G.: *op. cit.*, p. 571.

(83) La persecución se remonta a los Reyes Católicos, que en 1494 para los gitanos vagantes establece salgan a los sesenta días del reino y pasado ese término si siguen vagando, por la 1.ª vez, 100 azotes y destierro; 2.ª vez, corte de orejas, sesenta días en la cadena y destierro, y la 3.ª vez queden cautivos. En 1539, Carlos V, y en 1560, Felipe II, determinan que si fueran gitanos varones sin oficio de veinte a cincuenta años de edad, a galeras por seis años y si tuvieran menos de veinte años o más de cincuenta o fueren egipcianas (mujeres) se les aplicaría la sanción de 1494. En 1619, Felipe III dictamina

los primeros en llegar a los arsenales a finales de 1749 desde que en 28 de junio de 1749 se ordenara una sigilosa redada general que afectó a 881 familias gitanas organizada por el marqués de la Ensenada (84) y coordinada por el gobernador del Consejo de Castilla, el obispo de Oviedo don Gaspar Vázquez Tablada. Aunque quedaron en un primer momento presos todos los hallados, se insertó en la Pragmática de 30 de julio de 1749 la necesidad de separación entre «gitanos buenos», que según su artículo 1 eran los «*casados in facie Ecclesiae, con declaraciones formales de no ser gitanos o que en los vecindarios que les estaban señalados vivían arreglados a las reales pragmáticas, decretos y ordenes del Consejo...*», quienes obtuvieron la libertad; y los «gitanos malos», mencionados en el artículo 6 «desobedientes, incumplidores, perniciosos y mal inclinados», que por presunción de peligrosidad social, sin serles comprobado ningún delito se condenaron al trabajo forzado en arsenales o en presidios de África.

El 1 de septiembre de 1749, 600 gitanos encerrados en el castillo de Alicante pasaban al arsenal de Cartagena residiendo en las galeras ancladas. Su presencia originó revueltas e intentos de fuga; las autoridades de marina eran muy reacias a su admisión pero tuvieron que plegarse a las órdenes de Madrid (85). El 14 de enero de 1752 fueron

que los que se encuentren vagantes salgan en 6 meses y si volvieren, pena de muerte; que los demás se avecinden en ciudades de más de 1.000 habitantes sin usar traje, nombre y dialecto distintivo no pudiendo ejercer el oficio de compra-venta de ganado. En 1633, Felipe IV insiste que los que contravienen los deberes respecto al traje, nombre, dialecto y trato de ganado reciban 200 azotes y seis años de galeras y que si salieren del lugar avecindado quedasen por esclavo de su apresor y si fuera prendido con armas, ocho años de galeras. Carlos II, en 1695, establece la obligación de presentarse en treinta días ante las justicias de los lugares de residencia y pasado ese tiempo quien no se presentara, si es hombre, seis años de galeras, y si mujer, 100 azotes y destierro. Los que no estén en localidades mayores de 200 vecinos, destierro, y los que queden en esas localidades sólo puedan dedicarse a la labranza; si se mezclan en tratos de ganado u otras ocupaciones, ocho años de galeras, y si asisten a ferias o mercados o llevan traje o usan dialecto, seis años de galeras; si están juntos en cuadrilla con armas de fuego, pena de muerte. La aplicación de galeras, se entendía para hombres de diecisiete a sesenta años; si tuvieran de catorce a diecisiete la pena no era galeras, sino presidios (se entiende en el Norte de África), «donde sirvan para las obras», primera pragmática de gitanos que incluye este destino. Felipe V, en 1717, repite prácticamente la anterior con las mismas penas, incluyendo las ciudades donde deben residir, y Fernando VI, en 1746, aumenta el número de las ciudades de alojamiento. Vid. Sánchez Ortega, M. «Documentación selecta sobre la situación de los gitanos españoles en el siglo XVIII. Madrid 1977. Pássim.

(84) GÓMEZ ALFARO, A.: *La gran redada de gitanos*. Madrid, 1993, pp. 57-61.

(85) En el arsenal de la Carraca al que habían llegado 200 se envían informes sobre la inoportunidad de esta gente: «... es necesario interpolarlos con los trabajadores de jornal... cómo es posible que estos gitanos flojos y haraganes por su naturaleza, además de la fuerza con que vienen a estos trabajos suplan a los peones albañiles en las mezclas suministro de materiales y ayudar a mampostear con los oficiales: cómo

conducidos por vía marítima en número no determinado, pero considerable, desde «La Carraca» a «La Graña» en Ferrol, sumándoseles una semana más tarde otro grupo de 166 gitanos y 250 vagos. Como el término común de servicio para los vagabundos llevados por levas era de cuatro años, los gitanos pretendieron, apoyados por los jefes de los departamentos marítimos, se les diera libertad al cumplir dicho tiempo (86). Pero órdenes del 13 y 27 de enero de 1750 dictaminaron que los presentes en los presidios y arsenales estuvieran sin tiempo fijo (87).

Se indultaron los provenientes de la pragmática de 1749 en 16 de junio de 1763, porque su presencia «*era mas de estorvo que de provecho*», aunque algunos tuvieron que esperar dos años más (88). Un intento de asimilación vendría de la mano de Carlos III por Pragmática de 22 de septiembre de 1783 (89) en cuyo artículo 1 declaraba que los gitanos «no provienen de raiz infecta alguna» y que los que andaren vagando se sometieran a la misma legislación que los vagos, con la diferencia de «sin figura de juicio sellar en las espaldas... con un pequeño hierro ardiente... con las Armas de Castilla», que sustituía al tradicional corte de orejas y pena de muerte establecidas por pragmáticas anteriores.

Otro grupo muy numeroso en los arsenales eran los «*vagos y mal-entrettenidos*» procedentes de levas (90) que si en principio fueron

suplirán por los peones de pala, que trabajan con lodo hasta la cintura los gitanos con cadenas y grilletes como es preciso estén...». Vid. Gómez Alfaro: *op. cit.*, p. 66.

(86) GÓMEZ ALFARO: *op. cit.*, p. 99: petición de indulto de los gitanos de Cartagena: «Señor. Los Castellanos nuevos que se hallan en calidad de Presidarios en el arsenal de Cartagena, puestos a los R.P. de V. M. con el maior rendimiento dicen: que han sufrido por tiempo de quatro años la pena de el destierro sin saber qual sea su delito y siendo dicho tiempo el que se ha prescripto a los demas vasallos de V.M. que se han aprehendido por Bagamundos: por tanto Suplican... concederles libertad, para que puedan poner cobro a sus abandonadas haciendas; y unirse a sus pobres mugeres, hijos y familias que igualmente andan dispersos con el dolor de berse separados unos de otros...».

(87) AGS, SG, GM, leg. 5650: Madrid, 13 de enero de 1750: *Sobre que los gitanos existentes en Ceuta, subsistan allí aunque cumplan el tiempo de sus sentencias.*

(88) GÓMEZ ALFARO, A: *op. cit.*, p. 113: el Secretario de Marina al Gobernador del Consejo: «Habiendo resuelto S.M. que todos los gitanos que se hallan en los arsenales de los tres departamentos de Marina por la providencia general del año de 1749 sin que haya mediado alguna otra antecedente causa, ni sentencia se pongan en libertad, y que el Consejo preña sus domicilios donde hayan de residir, bajo las reglas establecidas en la pragmática de 1746...».

(89) SÁNCHEZ ORTEGA, M.: *op. cit.*, pp. 75-88.

(90) La razón de las levas fue doble: «quitar gente ociosa», y emplearlos en fines militares sin recurrir a los alistamientos con tanta frecuencia. En 1580 se produce un incremento de la actividad bélica y dificultades demográficas, que determinaron

esporádicas, se convirtieron en periódicas. La Resolución de 25 de julio de 1751 (91) daría como resultado la recolección de 6.882 hombres, cifra nunca conseguida, con el destino preferente (5.505 fueron a marina y 1.377 al ejército) de arsenales (92); hubo necesidad de revisarla en vista de que muchas justicias habían operado en la leva de modo injusto (93). La siguieron otras con menos contingente hasta que con la Instrucción de 17 de noviembre de 1759: «*Para recogimiento y util aplicación de vagantes y malentretendidos*», llegaron a la cota de 9.030 individuos, la mayor de todas las épocas, aunque se enviaron a arsenales sólo 1.153, quedando el resto a favor del ejército. Refiriéndome únicamente a los ingresados en marina (94) en años posteriores, indicaré que los años 1760 con 586, 1765 con 656 y 1779 con 1.238, fueron los que absorbieron mayor número. Baste añadir que desde 1741 a 1782, 11.664 vagos tuvieron este destino, y en el

un pseudoalastamiento forzoso, situación que en el siglo XVII se agravó, determinando que muchos de los vagabundos y presos por delitos (siempre que no fueran atroces) engrosaran las filas del ejército (de ahí la «pena de Campañas»). Así, como ejemplo, Felipe IV, en 1646, actúa contra pícaros y vagabundos de Madrid trasladándolos al frente de Cataluña. Vid. BORREGUERO BELTRÁN, C.: *El reclutamiento militar por quintas en la España del siglo XVIII*, Valladolid, 1989, p. 38. Bajo Felipe V se dictan varias levas, la primera: *Real Ordenanza de 21 de julio de 1717 para recoger, y emplear los vagabundos, y otros ociosos, como tambien para ocupar, y socorrer a los pobres que estan incapaces de ganar la vida...*: «... que para el día 20 de agosto proximo se prendan todos, y se tengan con toda seguridad... hagais reconocer los que tuvieren edad, robustez, y disposición competente para servirnos utilmente en la Guerra los quales hareis separar de los otros, y tenerlos con toda custodia en las Carceles... han de tener a los menos 18 años, y no han de pasar de 45...». Vid. PORTUGUÉS, J. A.: *Colección General de las Ordenanzas Militares de Don Joseph Antonio Portugues...*, tomo II. Madrid, 1764, p. 226. Las levas más importantes, siempre para el ejército de tierra, vendrían en 1734, (con 2.891 vagos recogidos, muchos para el presidio de Orán, recientemente reconquistado); 1740 y 1741, con 600; 1742, con 1.048; 1745, con 3.562 (de los que 1.583 fueron a los regimientos de Orán y Ceuta); 1746, con 1.742 (445 a los regimientos africanos); 1747, con 595. Vid. PÉREZ ESTÉVEZ, R.: *El problema de los vagos en la España del siglo XVIII*, Madrid, 1976, p. 98.

(91) PORTUGUÉS, J. A.: «Colección... tomo 4» *op. cit.*, p. 415: *Real Resolución de 25 de julio de 1751, para que las Justicias persigan, y recojan los Bagabundos, y mal entretenidos y se apliquen a la Tropa y Reales Arsenales*. Vid. apénd. doc. n. 7.

(92) Las referencias en los distintos arsenales son incompletas. Consta que en 1752 existen 636 vagabundos empleados en el arsenal de Cartagena; 735 en la Carraca de Cádiz y 800 (entre vagabundos y gitanos) en la Graña. En 1771 hay en Cádiz 269; 588 en la Graña y 1.568 en Cartagena. Cfr. PÉREZ ESTÉVEZ, R.: *El problema...*, *op. cit.*, p. 249.

(93) PORTUGUES, J. A.: «Colección... tomo 4», *op. cit.*, p. 426: *Real Orden de 25 de septiembre de 1751, Sobre castigo a las Justicias que apliquen a la Tropa, o Arsenales, a quien no lo merezca*. Vid. apénd. doc. n. 8.

(94) A partir de 1770 decae el empleo de vagos en arsenales, porque no se necesitaba de más trabajadores. Irían así los vagos a engrosar otros destinos en

cómputo total estimado por cifras oficiales entre 1730-1789 se recogieron en las distintas levas 63.010 hombres (95).

Como en minas y galeras, los esclavos formaron un nutrido grupo en los arsenales. Llamados «*esclavos del Rey*», provenían generalmente de apresamientos de buques piráticos, pero también allegaban por otras causas: aunque excepcionalmente, ya que la esclavitud en la península estaba en decadencia, no así en las colonias americanas, podía ocurrir la donación de esclavos al Rey por un particular (96), y al igual que existían cristianos renegados, hubo, en muchísima menor proporción, musulmanes que quisieron hacerse cristianos siendo en realidad un subterfugio para mejorar sus condiciones de vida y que cuando se acreditaba el fraude, acababan en los arsenales (97). Algunos esclavos fueron canjeados por cautivos españoles (98). Como el resto de confinados, generaron conflictos intentando fugas (99).

marina, como marineros o en batallones de infantería de marina. *Vid.* PÉREZ ESTÉVEZ, R. *El problema...*, *op. cit.*, p. 250.

(95) PÉREZ ESTÉVEZ, R.: *El problema...*, *op. cit.*, p. 234, tomando datos de AGS y AHN.

(96) AGS, SG, GM, leg. 4846: 6 de febrero de 1754: «El Conde de la Torre del Fresno dice: hallandose con un esclavo mozo y robusto que le servía de cochero y le ha salido vicioso y ladrón de modo que no ay cosa segura en su casa, pues falseando llaves le ha robado porciones de trigo y de una papelería que desclavó por la espalda, 6 u 7 000 reales con los quales habiendo hecho fuga ha sido preso en Zagra, y conducido a las carceles de Badajoz, donde existe: pide se le admita la donación que hace de el al rey para que le sirva en las minas del azogue u otro destino que sea de su real agrado; pues que las leyes del reyno no imponen pena al esclavo, que hurta a su amo, comparandolos con los hijos y reserbando el castigo a sus dueños». Informe el Consejo. El Gobernador del Consejo informa en 21 de junio de 1754: «... por la que hace cesion a V.M. de un esclavo es de parecer que puede V.M. admitirle destinandole en la calidad de tal a servir en las minas del almaden o en la Carraca de Cadiz». Resolución: «Habiendo admitido el Rey la cesion de un esclavo... se traslade a la carraca de Cadiz en calidad de forzado en la que mientras se proporciona la coyuntura de disponer su direccion a aquel destino ha de responder de el el expresado su Amo...».

(97) AGS, SG, GM, leg. 4958: *Vid.* apénd. doc. n. 9.

(98) AGS, SG, GM, leg. 4967: Floridablanca a Muzquiz, 30 de marzo de 1783: «El rey ha permitido que el Jasnachi de Argel cangee cuatro turcos que estan en el arsenal de Cartagena (substituyendo otro u otros turcos en caso que alguno de los cuatro que pide hubiesen fallecido o no existiesen en dicho arsenal) por dos marineros del reyno de Valencia que tiene el citado Jasnachi en su poder. Ygualmente ha condescendido S.M. con que el Aga de Argel cangee un Arraez que esta cautivo en Ceuta por un muchacho catalan que tiene consigo...en consecuencia quiere S.M. que los cuatro turcos se conduzcan a Oran y que quando hayan llegado alli los dos valencianos y el catalan se entreguen dichos cuatro turcos y se avise a Ceuta para que pongan en libertad al Arraez.»

(99) DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*, Barcelona, 1990, p. 338: «Las campañas contra los piratas del marino Barceló proporcionaron un número elevado de cautivos. En Cartagena eran tratados con gran dureza (un

Por diversos tratados de paz con los reinos islámicos, muchos fueron liberados a finales del XVIII.

Centrándome en los auténticos reos, esto es, los condenados por delitos, la nueva política naval les recondujo a los arsenales, anulando la Pragmática de 30 de octubre de 1749 que prescribía presidios peninsulares a los sentenciados por delitos leves. Por la Real Resolución de 17 de enero de 1750, se atrasará en muchos años el empleo de presidiarios en la península; se titulaba: «*Sobre que los reos existentes en las plazas de España, en calidad de Presidiarios, sean transferidos a trabajar en los Arsenales de Marina de Cadiz, Cartagena y Ferrol, y que en adelante se les de este destino en lugar de aquel*» (100). Los motivos vienen expresados así: «*El rey se halla enterado del embarazo grande que con poca utilidad de su servicio produce la manutencion en las plazas de esta Peninsula, de los reos que por no merecedores de la pena de minas, o presidios de Africa, o por equivalente de esta ultima, se han aplicado a las obras reales de ellas... metodo de subsistencia, vestuario y otros requisitos prescribe la Real Pragmatica de 30 de octubre del año proximo pasado...*». Ahora bien, observando quedarían perjudicados con el cambio de condena entre la impuesta de presidios en la península y la de arsenales, dejaba abierta la posibilidad de que los jueces la minoraran: «*que los reos a quienes correspondería su destino en ellas, con aplicación a obras Reales y publicas, sean dirigidos a travajar en las de los Arsenales de marina de Cadiz, Cartagena, y el Ferrol, y en las de los Presidios de Africa y a servir en los regimientos fixos de los de Oran y Ceuta reduciendo al prudente Arbitrio de los jueces, a menor tiempo, el porqué avrian de confinarlos a servir, por mas comodo destino, en las de las Plazas, y con respecto al que segun la calidad de sus delitos merecieren*».

De esta forma se inauguraba la nueva modalidad penitenciaria, destino a los arsenales, en virtud de una necesidad perentoria y dejando vacías otras ocupaciones que habían empezado de manera incipiente: «*... y manda asimismo S.M. que tomandose conocimiento de los reos que actualmente existen en las plazas, y sus ciudadelas, con motivo de atender a la limpieza, de sus fortificaciones... sean igualmente dirigidos... a trabajar en las de los enunciados presidios, y Arsenales; de modo que con la prontitud posible queden libres de estos reos las plazas de la peninsula, y las de Mallorca...*».

intento de evasión de 20 esclavos moros, capturados, fueron destinados a las Bombas, sucumbiendo todos en la extenuadora tarea».

(100) AGS, SG, GM, leg. 5650.

2.4.3 *El temido destino de las «bombas» de achique de agua*

Pero no llegarían a los arsenales únicamente los reos de delitos leves como he expuesto, sino también los de mayor gravedad: en 2 de junio de 1751 se optaba por reconducir a todos los sentenciados a las minas (y no remitidos) para proveerlos con preferencia: «... *que por los Tribunales, y Justicias no se embien mas forzados a las Minas de Azogue del Almadén, hasta nueva orden, sino que los que fueren condenados a ellas, los dirijan a los trabajos de los Arsenales de marina del Ferrol, empezando la providencia desde luego, aun con los que estén ya en camino para las Minas, a quienes ha de hacerse retroceder a su nuevo destino...*» (101); atendida la necesidad, siguieron enviándose a las minas, pese a las dudas suscitadas por la orden anterior (102). Y es que para este tipo de reos de graves delitos les estaba reservado el destino de «bombas de achique», calificado por un informe de la Junta del arsenal de Cartagena en agosto de 1777 en los siguientes términos: «... este trabajo no es comparable en modo alguno con los demas trabajos ordinarios del arsenal... y es el mayor castigo que puede ponerse a la Humanidad y a los horrendos delitos de los hombres».

El trabajo de «bombas» consistía en tirar a brazo para desalojar el agua acumulada en los diques a la entrada o salida de los navíos, o a causa de lluvias y filtraciones. Aunque los tres arsenales contaban con

(101) PORTUGUÉS, J. A.: *Colección...* tomo 4, *op. cit.*, p. 410: *Real Resolución, comunicada por el Gobernador del Consejo en 2 de junio de 1751, sobre la pena que se ha de imponer a los reos, que antes se aplicaban al Almadén*, Madrid, 2 de junio de 1751, Francisco Obispo de Sigüenza. Al Alcalde Don Pedro de Castilla.

(102) AGS, SG, GM, leg. 4846: Informe del Gobernador del Consejo, 10 de enero de 1754: «... proponiendome el veedor de Malaga la duda de si devera verificar el destino de Minas con que por sentencia del Consejo de Guerra de oficiales ha sido conducido desde el Peñon a aquella plaza un soldado o si por subsistir la Resolución de junio de 1751 que fuesen a los arsenales del Ferrol... expone que aunque tiene a la vista otra posterior resolución de 15 de febrero de 1752 que se le previno, que sin embargo de la anterior devia seguir Manuel Fernandez la condena de minas que le estava impuesta por toda su vida: le parece indispensable hacer presente la duda, a fin que determine S.M. en inteligencia de que no habiendo mas pena para los reos que la aplicacion a las minas, despues de averse extinguido las galeras, en los arsenales no estan con seguridad pues cada dia se experimenta que hacen fuga quedando sin el castigo correspondiente». Resolución de la Secretaría de Guerra: «... en las minas de Almadén es natural que se necesiten de que informaran en la Secretaria de Indias...» (La Secretaria de Indias emite: «siguiera este reo su destino de Minas, no obstante lo resuelto, pues uno mas en ellas es corto aumento»). Resolución final: «... ha resuelto el rey que no obstante su real deliveracion de junio de 1751 que previno fueren en lo sucesivo y hasta otra orden a los arsenales, se remita a este reo a las minas, 11 de febrero de 1754».

ellas, la situación se agravaba en Cartagena pues al no tener mareas, el desagüe se hacía por este método (103). Este trabajo podía seguir incluso de noche. Las pozas donde se encontraba cada bomba estaban rodeadas de altos muros, permaneciendo los condenados siempre en su interior: «*allí comen, tiran de la bomba y duermen el rato que les toca, sin salir jamás*». Estando encadenados con grilletes y ramales de cadena era imposible todo intento de fuga. Los tiempos eran cuatro horas de trabajo y ocho de descanso, aunque en algunas circunstancias la duración de la tarea por su extrema dureza no podía sobrepasar las dos horas. Los condenados a bombas se quejaban, generalmente con razón, de casi todo especialmente del régimen alimenticio, quejas que las autoridades del arsenal compartían: «*no es suficiente para tan penosa y exorbitante fatiga*», proponiendo éstas se les aumentara la ración en media libra de pan y un cuartillo de vino diario, de lo cual consiguieron solamente el cuartillo de vino. El régimen disciplinario era severísimo, siendo aplicado por guardianes (la mayoría, compañeros presidiarios, vagabundos, gitanos e incluso esclavos) con palos o látigos por el más fútil motivo.

Si ya era alta la siniestralidad y los enfermos del arsenal, en las «bombas» se elevaba extraordinariamente: «*La experiencia demuestra que muchos de los delinquentes sentenciados a estas bombas no llegan a cumplir sus condenas, porque mueren a la mitad o antes del tiempo a que se les confina y otros se inutilizan arrojando sangre por la boca*» (104). En la primera etapa de los arsenales, época de Patiño, eran condenados a este destino galeotes con nuevo y grave delito [homicidio de compañero (105), etc.] en conmutación de la pena de muerte, aunque limitadamente pues se contaba con muy pocas (106).

(103) AGM, 2.ª Sección, 8.ª División, leg. 534: «En Cartagena aparecen mas necesarios por la calidad del terreno sobre que estan fundados los Diques, que suelta muchas aguas que vienen de fuera, y han causado grandes descomposiciones a los Diques por la inundacion de sus cimientos, no habiendose hallado otro remedio hasta el día, que la de atraer las aguas a las pozas de bombas, para cuyo terrible trabajo se aplicaban los presidiarios...» (Informe de don Juan Nieto, Intendente de Cartagena, a don Francisco García de Espinosa en 16 de septiembre de 1815).

(104) PÉREZ ESTÉVEZ, R.: *Delincuencia en la España del siglo XVIII: los presidiarios de Marina*, Cuadernos de Investigación Histórica, n. 3, Madrid, 1979, pp. 270-272. Las citas resaltadas en cursiva están tomadas de AGS, SM, legs. 696 y 697.

(105) PEDRO ANTONIO FERNÁNDEZ es condenado a bombas por haber disparado una pistola contra un oficial de galeras (Cartagena, 17 de julio de 1729), y Juan Andrés Martín, galeote de la «Santa Teresa», es enviado por diez años a «bombas» por dar muerte con un cuchillo a su compañero de banco (Cartagena, 22 de diciembre de 1735). Vid. PÉREZ ESTÉVEZ, R.: *Delincuencia en la España...*, op. cit., p. 269.

(106) Un diseño de estas máquinas y de otras para limpiar puertos son citadas por LEÓN TELLO, P.: *Un siglo de fomento español (1725-1825)*. Expedientes con-

Cuando los arsenales se revitalizaron, existieron muchas más (en 1765 había trece bombas en Cartagena (107) servidas por 390 hombres, y en la «Carraca» a finales de los años ochenta hubo veinticuatro). Conscientes de la terrible penalidad, los tribunales comenzaron, a mediados de los sesenta de ese siglo, a sentenciar en concreto a ellas (108); es decir, había sentencias que condenaban a arsenales sin otra consideración (109), y las había especificando: «Condenado a... años en las bombas de achique». Muchos desertores (soldados libres) y fugados (reos) que arrepentidos volvían a los presidios norteafricanos tuvieron esta ocupación (110); también otros sin merecerlo real-

servados en el Archivo Histórico Nacional, Madrid, 1980, p.112: leg. 3208, n. 379: «Máquina para limpiar puertos desde tierra o desde un pontón dentro del agua, por José de Hermosilla, 1751»: «... el conjunto consta de pontón, órgano, trípodes, grúas y barcas para el transporte de la broza. Representa la máquina y su funcionamiento, accionada por hombres desde tierra o desde el pontón; dibuja, también, el áncora y un instrumento dentado para remover la arena». Existe el dibujo de la máquina y detalle de sus instrumentos, con notas explicativas de sus partes y funcionamiento.

(107) Una distribución en todos los trabajos del arsenal de Cartagena en 1 de julio de 1786, en los que se encontraban penados, levas, gitanos y esclavos la ofrece SEVILLA Y SOLANAS, F.: *op. cit.*, p. 204: «virando bombas» existían 144 sentenciados a esta pena. 502 tenían este destino ya fueran presidiarios, vagos o gitanos calzados con grillete por no haber número suficiente de los anteriores, y 44 moros, haciendo un total de 690 hombres. El total en todos los destinos era de 2.530, estando 852 con grilletes y 897 sin él; 195 muchachos como aprendizes y 83 «moros».

(108) AHN, Consejos, leg. 3010: «En 25 de enero de 1765 ordenó S.M. que de los reos merecedores de Presidio, se aplicasen, no siendo sugetos de distincion, al arsenal de cartagena los mas robustos y capaces de resistir aquellas fatigas especialmente las de los trabaxos de las Bombas, de agotar los Diques, en que alternativamente se mudaban de 4 en 4 horas...».

(109) Aunque una Real Orden de 23 de febrero de 1773 dispuso no se enviaran a los arsenales aquellos reos acusados por delito de incendiario, con el fin de evitar los intentos que ya se habían sucedido. *Vid. MELJIDE PARDO, A.: op. cit.*, p. 28.

(110) AGS, SG, GM, leg. 4946: 13 de julio de 1779: El conde de Ricla (Secretario Despacho de la Guerra) al marqués Gonzalez de Castejón (Jefe Departamento de Cartagena): «El Comandante General de Oran remitirá a las bombas de Cartagena a Manuel Palomares, soldado de aquel regimiento fixo y a Melchor Brun individuo de la Brigada, el primero por 10 años y el segundo por 9, cinco meses y 15 dias incluidos en ellos el que les resta cumplir de sus repectivas condenas por el delito de haberse desertado al campo del moro, y vultose arrepentidos. Y de orden del rey lo aviso a Ve». 17 de agosto de 1779: D. Pedro Guelfi (Comandante General de Orán) al Conde de Ricla: «He recibido la Real Aprobacion de la sentencia que con acuerdo de este auditor de guerra, impuse a Manuel Palomares y Melchor Brun... por delito de haverse pasado al campo enemigo y buelto arrepentido...» 20 de agosto de 1779: El Conde de Ricla a don Pedro Guelfi: «... y habiendose comunicado al Sr. Marques Gonzalez de Castejon el aviso correspondiente para la admision de estos reos en su nuevo destino, lo participo a Vs de orden de S.M. en contexto de su carta de 22 anterior, para que disponga la remision de los citados reos con los respectivos pliegos de adiccion».

mente dada la poca entidad del delito (111). Cuando faltaban brazos para accionarlas entraban penados ordinarios, si bien recompensándoles con tres reales diarios, e incluso hubo momentos que se llegó a emplear marinería voluntaria remunerándola con largueza. Una de las peticiones que repiten los reos es la aplicación de «*bombas de fuego como las que se usan en Londres para estos trabajos*», pero aunque se hicieron proyectos de diseño quedaron archivados pues don Jorge Juan (112) se mostraba reacio a su implantación debido al poco fondo de los diques y por ser «*la máquina de sacar con fuego el agua tan complicada, enredosa y expuesta que nunca la he juzgado propia para el intento*» (113). Sólo a finales de la centuria terminarían haciendo aparición máquinas impulsadas por vapor llamadas «*de fuego*», que compartirían el trabajo de achique con las de cadena, aliviándose el sufrimiento de los reos. Con estos precedentes era completamente lógica y no repulsiva la conmutación de la pena de «bombas» por la de galeras.

Los reos estaban bajo las inmediatas órdenes de los «*capataces de presidiarios*». En un expediente de 11 de diciembre de 1815, pidiendo éstos pensiones, aún se recuerda esta terrible penalidad incorporándola en sus hojas de servicio como mérito; el Intendente del Departamento de Cartagena apoyaba su petición: «*Esta Corporacion (capataces de presidiarios) de mucha utilidad por el continuo seguimiento de faenas para los durísimos trabajos de bombas y de todos*

(111) Jose Flores, soldado, es condenado por el Gobernador de Canarias por haberle robado una camisa y una hebilla de plata (25 de febrero de 1774); Antonio Perez y Luis García (reos) por un pequeño hurto de dinero en el estanco del tabaco (Ceuta, 8 de agosto de 1771); Diego Oliva por haber sacado (no usado) un cuchillo de punta. (El Pardo, 13 de marzo de 1771). Datos de AGS, SM, leg. 696, Cfr. PÉREZ ESTÉVEZ, R.: «Delincuencia en la España...» *op. cit.*, p. 270.

(112) D. Jorge Juan y Santacilia (1713-1773) es uno de los personajes científicos más relevantes del período preilustrado español. Participa (1735-1744) junto con D. Antonio Ulloa en las mediciones de la corteza terrestre para averiguar si era perfectamente esférica o achatada en los polos. En 1749 viaja a Inglaterra para instruirse en el modo de la construcción de navíos, encargándose del proyecto y dirección de los arsenales (en especial del de Cartagena y Ferrol). Impulsó la Academia de Marina de Cádiz y su observatorio astronómico. Embajador de España en Marruecos desde 1767, supervisa el canje de esclavos de ambos países a raíz del tratado de 1767. Organiza las minas de Almadén y mejora los procedimientos de extracción. *Vid.* SEMPERE y GUARINOS, J.: «Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del reinado de Carlos III». Tomo 3.º Madrid, 1786, pp. 148-156, y RODRÍGUEZ CASADO, V.: «Política marroquí de Carlos III». Madrid, 1946, pp. 90-92.

(113) Don Jorge Juan a Arriaga (Secretario de Despacho de Marina) en informe de 10 de enero de 1765; la queja de los condenados a bombas pidiendo las de fuego es de fecha 30 de enero de 1765. Ambas están en AGS, SM, leg. 699, recogidas por Pérez Estévez, R.: «Delincuencia en la España...» *op. cit.*, p. 271.

aquellos otros, que exigian mucha fuerza de brazos y que ofrecian graves perjuicios en su suspension... la mucha consideración que traía el tener dentro de un arsenal una exorbitante multitud de malvados, los peores de todo el Reyno, cuyas costumbres corrompidas inficionaban, fomentaban e inducian al vicio del robo; y eran temibles, aun encadenados, en qualquier incidente de conmocion o incendio...»; no duda en calificar este trabajo como el más horrendo que se haya podido realizar jamás: «... y en el hallaban uno de los castigos de sus graves crímenes, comparable con el de la pena capital, por su larga duracion, y que los inducia a una desesperacion (expresión que en el sentido de la época equivalía a suicidio) diaria, y los tenia siempre dispuestos a qualquier desorden para ver si asi se libraban de tan desdichada existencia». Cuando esto escribe, se habían sustituido todas las bombas de cadena: «Al presente con el hallazgo de las bombas de vapor, y la posibilidad de duplicarlas, son ociosos los presidarios para su único y propio destino de bombas, castigo el mas despiadado que puede aplicarse a los hombres...» (114).

2.4.4 Regulaciones jurídicas penitenciarias relativas a los arsenales y la extinción de esta penalidad

Por el anterior informe se observa la vigencia de esta pena entrado el siglo XIX, regulada por la «Ordenanza de Presidios de Arsenales de Marina» de 20 de mayo de 1804 (115), que pese al avance innegable que supuso al sistema penitenciario español nacería moribunda (116) pues sólo dos años más tarde se suspenderían los envíos al Ferrol (117), ampliándose luego a los restantes: «*Que ya que en el dia no se puede dar otro destino a los Presidarios, se mande que en lo sucesivo no se senten-*

(114) AGM, 2.ª Sección, 8.ª División, leg. 534: el Intendente de Cartagena don Juan Nieto a don Francisco García de Espinosa.

(115) Para muchos autores, pionera del penitenciarismo: «... se la considera la primera Ley Penitenciaria española». Cfr. BURGOS FERNÁNDEZ, F.: «Evolución histórica de la legislación penitenciaria en España». Cádiz, 1996, p. 5. La Ordenanza de 20 de marzo de 1804 está espléndidamente comentada por GARCÍA VALDÉS, C.: «Derecho penitenciario Militar: una aproximación histórica», ADPCP, Madrid, 1986, pp. 780-785.

(116) Ya antes de la Ordenanza de arsenales, en 15 de septiembre de 1801 se dice por Real Orden que «no se destinen reos al presidio arsenal de Cartagena hasta nuevo aviso», orden que se reitera en 1804 «para que se observe puntualmente lo prevenido en la de 15 de septiembre de 1801» lo que parece entender que, pese a la prohibición, seguían destinándose allí. Cfr. AHN, Consejos, leg. 3011.

(117) AHN, Consejos, leg. 3010: 4 de marzo de 1806, *Expediente por Real Orden sobre que los tribunales y justicias suspendan desde luego el envio de presidarios y vagos al arsenal del Ferrol*. Vid. apénd. doc. n. 10.

cien ni reciban más; y mientras se disminuye considerablemente su número, se resolverá si deve haberlos o nó en nuestros arsenales...» (118). Aún quedaban alrededor de 1.000 presidiarios en cada arsenal según cita la Real Orden de 17 de enero de 1807, lastre inútil pues: *«sus estancias cuestan de tres a cuatro millones de reales al año y esta gente no devenga, ni con mucho lo que cuesta su sustento...»* (119).

Con estas premisas la pena de arsenales entró en completa decadencia, tomándose como medida en 28 de abril de 1816 la supresión por el único motivo de aliviar ese gasto y así poder retribuir a los militares que tenían atrasadas sus pagas (120), hasta que dos años después, exactamente por la Real Orden de 29 de agosto de 1818 terminaba esta faceta penal para los reos de los arsenales del Ferrol y Cartagena: *«Habiendo quedado reducido el presidio del arsenal del Ferrol a solo siete hombres ha resuelto S.M. que pasen al correccional de la Coruña... no se admitan en los Reales Arsenales mas rematados. Que en el mismo caso se esta respecto a solo 10 presidiarios en el arsenal de Cartagena, se trasladen al presidio de aquella plaza...»* (121). El de la Carraca de Cádiz persistió hasta la «Ordenanza general de Presidios del Reino» de 14 de abril de 1834 y en 5 de marzo de 1835 (122) se acordó no estuviera comprendido entre los

(118) AGM, 2.^a Sección, 8.^a División, leg. 534: art. 6 de la Real Orden de 3 de diciembre de 1806.

(119) AHN, Consejos, leg. 3010.

(120) AHN, Consejos, leg. 3211: 26 de abril de 1816: *«Expediente formado por Real Orden por la que en consideracion a el atraso que sufre la Marina en general en el percivo de sus sueldos, se sirve S.M. mandar que no se destinen ni recivan en sus reales arsenales nuevos presidiarios»*.

(121) GARCÍA VALDÉS, C.: «Derecho penitenciario militar...», *op. cit.*, p. 787.

(122) «Colección legislativa de Presidios y Casas de Corrección de mujeres», tomo I, Madrid, 1861. BN: 1/33715-6, p. 90: 5 de marzo de 1835: *«Ministerio de lo Interior: Real Orden en que se declara que los presidios establecidos en los arsenales dependen exclusivamente de las autoridades de Marina»* «... que el presidio de la Carraca y los demas de los arsenales de Marina no se conceptúen como tales, porque no están comprendidos en la Ordenanza de 14 de abril del año último, ni como correccionales, ni como peninsulares, ni como de tercera clase... en ningun tiempo... es la voluntad de S.M. que los presidios establecidos en el recinto de estos formen una excepcion de la regla general y estén en entera y absoluta dependencia de Marina... con arreglo a la Ordenanza de arsenales; y que en el caso de que con los presidiarios de la jurisdiccion de Marina, que son los que exclusivamente deben ingresar en los arsenales... y aun éstos de condena limpia, no hubiese suficiente número en alguna ocasion, entonces se pidan conforme al art. 12 de la Ordenanza de Presidios». El art. 12 dice: *«los confinados a los presidios peninsulares trabajarán en los caminos, canales, arsenales y empresas a que Yo tenga por conveniente destinarlos, y no habiendo trabajos de estas clases, en los obradores establecidos en los presidios mismos»*.

presidios civiles, quedándose como exclusivo para reos militares afectos a los Tribunales de Marina (123).

2.4.5 *Apéndice de los arsenales: las penas a cumplir en «bajeles» y «batallones de Marina»*

Los remitidos a arsenales, en cuanto a la competencia sobre régimen y nuevos delitos estaban bajo la jurisdicción de Marina. Con la misma dependencia jurídica existieron reos en «bajeles» y «batallones de Marina»: «*De los de servicio a bajeles hay dos especies: en calidad de pages de escoba y grumetes y marineros, otros a los batallones de Marina; en ambas clases se debe hacer distincion de los que van por leva o por condenacion formal...*» (124). El término «bajeles» aludía al destino en marinería; los batallones de Marina, radicados en cada Departamento marítimo, servían para nutrirse los barcos de tropas de infantería, ejerciendo como fusileros en mar o en tierra (125). Muchos de los soldados de leva jóvenes y con aptitud fueron adscritos a estos destinos y, por insuficiencia, entraron condenados, sobre todo muchachos con delitos menos graves. La sentencia a bajeles (verificada a partir de los años sesenta del XVIII) englobó en un principio a la de «batallones de Marina», siendo éste el destino habitual: «... el Ilmo. Governador del Consexo hizo saver a la Sala en el año pasado de 1773 haver resuelto S.M. que los tribunales y justicias del Reyno, continuasen como hasta entonces aplicando al servicio de las armas en los batallones de Marina, aquellos mozos mal entretenidos, pero sin delito feo que para dicho servicio fuesen a proposito...» (126).

El envío frecuente a bajeles de vagos y reos que por su delito o ineptitud no fueran convenientes, quedándose entonces en el arsenal, llevó a la emisión en 7 de diciembre de 1786 de una Real Orden estableciendo que en estos casos, aun con la sentencia dispuesta, se condenaran por la

(123) LASALA, G.: «Condena a obras y presidios de arsenales». *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n. 119, Madrid, 1955, p. 29.

(124) AHN, Consejos, leg. 3010. Informe fiscal en 23 de octubre de 1782.

(125) DESDEVICES DU DEZERT, G: *op. cit.*, pp. 561-562: «... la dificultad de reclutamiento de los marinos había hecho confiar a una tropa regular el servicio de la fusilería a bordo, menos cara que la de los marineros. En cada departamento los batallones de Marina se hallaban bajo el mando de un capitán de navío y de un teniente de navío. El oficial de Marina experimentaba desdén por los fusileros de los batallones de Marina y consideraba un sacrificio tener que dirigir la Compañía de infantería de a bordo no teniendo el mínimo interés por el bienestar de sus soldados, siendo los sargentos los señores absolutos que se aprovechaban haciendo fortuna a costa del soldado, colmado de deudas, desnudo, descalzo e incluso desarmado...».

(126) AHN, Consejos, leg. 3011. Informe fiscal.

mitad del tiempo prescrito en la sentencia a los arsenales. Los motivos eran: *«Como varias veces ocurre que los sentenciados por justicias a vaxeles no pueden ser aplicados a estos ya por falta de proporcion, o porque la naturaleza de los delitos sea incompatible con aquel servicio, quedando por consiguiente en el presidio hasta la extincion de sus condenas; habiendo la piedad del Rey tomado en consideracion los mayores trabajos y pensiones con que se les recarga en este destino; se ha dignado S.M. resolver que a estos individuos se les rebaxe la mitad del tiempo porque hubieren sido condenados...»* (127). Siempre se sintió la inoportunidad de este destino para delitos graves, pero no es hasta el 7 de mayo de 1798 cuando se declara explícitamente que vayan a arsenales y no a bajeles los delincuentes *«por causa de robos u otros de discolos»*, comprobándose además la vigencia de la Orden de 7 de diciembre de 1786 (128). También a principios del XIX palidece este destino y así, en 2 de marzo de 1802 se comunica al Consejo de Castilla para que no se sentencie *«... en tiempo de paz...»* a ningún reo a la pena de bajeles (129).

(127) AHN, Consejos, leg. 998, exp. 7: *«Expediente formado en virtud de Real Orden de S.M. por la qual se ha servido rebaxar la mitad del tiempo de sus condenas a los destinados por las justicias al servicio de vageles de la Real Armada, que no pudiendo ser aplicados a estos quedan en los presidios de Arsenales»*. Carta de 15 de agosto de 1786 dirigida por don Antonio Valdés (Secretario de Marina) a Campomanes (Gobernador del Consejo de Castilla).

(128) AHN, Consejos, leg. 3011: *«Expediente en virtud de Real Orden en que se sirve declarar que los reos que sentenciaren las audiencias y justicias del Reyno por causa de robos u otras de discolos sean para los presidios de arsenales y no para los Baxeles»*. 7 de mayo de 1798: *«... habiendo sido sentenciado por la Audiencia de Sevilla Francisco Xavier Gala a servir 4 años en los batallones de Marina, y no siendo apto para ellos a dos en los baxeles del Rey, por el delito de robo que executó en la villa de Moron; y hecho presente el comandante general interino del Departamento de Marina de Cádiz lo perjudicial que eran esta clase de gentes en ambos servicios; ha resuelto S.M. que en adelante los que sentenciaren las Audiencias y Justicias del Reyno por semejantes causas, u otras de discolos, sean para los presidios de arsenales; y en consecuencia de esta Resolucion, hallandose el expresado Gala sentenciado a 2 años de Baxeles, no debe sufrir mas que 1 de arsenal, segun esta mandado por la Real Orden de 7 de diciembre de 1786, que previene la rebaxa de la mitad del tiempo a los sentenciados a Baxeles, siempre que cumplan sus condenas en los arsenales a causa de la mayor fatiga de un servicio á otro...»*.

(129) AGM, Sección Circulares, leg. 7: 2 de marzo de 1802: *«Circular mandando no se destine ningun reo al servicio de baxeles en tiempo de paz hasta que para ello proceda otra providencia»*: *«enterado el Rey de lo perjudicial que es en tiempo de paz destinar reos confinados al servicio de baxeles, porque desarmados estos, no hay aplicacion que dar a aquellos delinquentes, que sobre embarazar y dar mayor cuidado en los arsenales, es fuerza mantenerlos sin fruto del servicio; ha resuelto S.M. por via del Ministerio de Marina, que los tribunales del Reyno cesen en dar tal destino a los reos...»*.

2.5 PRESIDIOS PENINSULARES, DE OBRAS PÚBLICAS E INDUSTRIALES

Los planes de Ensenada de revitalización de los arsenales trajeron como consecuencia que el número de reos sentenciados a trabajar en la península, durante el siglo XVIII, tuviera una trascendencia mínima, casi anecdótica. Sólo muy avanzado el siglo, cuando empieza a darse una cierta saturación en los presidios del norte de África junto a un declive en la fabricación de naves, se empieza de manera frecuente a condenar a estos destinos.

Lo habitual fue sentenciar a presidios del norte de África y arsenales (para éstos, después de los años cincuenta del ochocientos), pero podía darse la circunstancia de necesitarlos en la localidad donde estuvieran presos, quedándose entonces sin remitirles; así ocurrió en Barcelona, permitiendo que dieciséis condenados a presidio de África permanecieran para trabajar «*en la ciudadela de Monjuich y en otras fortificaciones*» (130). Aunque es claro se trata de una conmutación de condena la inserto en este epígrafe por entender que el número de reos y el trabajo prefijado es lo suficientemente amplio para gestar una estructura tipo presidio peninsular aunque con poquísimos penados.

En fechas parecidas, 1742, se promueve «*el envío a varios al castillo de Fournalis de Cadiz y al de Pamplona*» que tendría continuación en los avisos de la Sala de Alcaldes durante los años 1743 y 1749 (131), concretándose en no más de cincuenta reos. También Badajoz contaría con algunos, sobre sesenta, desde 1750 (en 1805 se comentaba que «*ay muchas dificultades para los 80 presidiarios que ha tenido asta aora Badajoz de condena limpia para obras de fortificacion...*») al que se sumaría Jaca y posteriormente, en 1776, Zaragoza para trabajos en el «camino Imperial», siempre con un número muy limitado (132). Previstos esencialmente para reos de delitos leves, es necesario pensar que los motivos estribaran en dispensar los gastos de la conducción. El caso de Fuenterrabía (San Sebastián), deja bien a las claras el poco empeño político de crear presidios en la península, ya que poseía en 1783 y 1784 una media de doce reos (133). Razones

(130) AGS, SG, GM, leg. 4793.

(131) AHN, Sala de Alcaldes. Año 1742, fols. 300-302; año 1743, f. 149; año 1749, fols. 334-336 y 374-378.

(132) PIKE, R.: *op. cit.*, p. 52.

(133) AGS, SG, GM, leg. 4967: S. Sebastián, 31 de diciembre de 1783: «*Don Vicente de Beza capitán de infantería e yngeniero de los Reales egercitos y comandante de esta plaza. Certifico que los desterrados de esta plaza y su capataz se han empleado diariamente en componer los caminos que van al castillo ascendiendo el numero de ellos a 13 y para que conste su existencia, y se les pueda acreditar el haver que les corresponde*

análogas, lejanía, ocurrían en Palma de Mallorca cuando se estimó en 1771 que la Real Audiencia pudiera destinarlos a la limpia del puerto, pero la desconfianza de no se llevarse con la debida diligencia, confirmada incluso con las palabras del Intendente, condujo a emitir en 1782 que: «...los destinados a presidio y arsenales se mantengan... sin que por motivo alguno se impida la egecución de las sentencias...», llegando a un cierto pulso apenas perceptible entre ambos poderes, conscientes de las ventajas que representaban los desterrados (134). En 1805 seguía habiendo en Mallorca 141 reos «...presidio contra el que clama oy la ciudad de dicha capital...» (135).

Un intento más serio tuvo por escenario La Coruña, cuando por Real Resolución de 26 de enero de 1761 se aprueba organizar un presidio, con estructura fijada en moldes ya muy consolidados: «... haciendole a lo que se practica en las de igual naturaleza que al presente existen en los presidios de Oran y Ceuta», que por la locución «al presente existen» parece presumir no hay ningún otro con esa organización. En 7 de marzo de 1761 se le dota de una brigada que supera el centenar de reos: «Relación que manifiesta el pie sobre el qual se deve ponerse la brigada de los 100 o 120 desterrados, que por Resolución de 26 de enero del corriente año a aprobado S.M. en la Plaza de La Coruña para los fines del servicio...» (136). Contaba con 150 condenados en 1775 dedicados a tareas constructivas y de mantenimiento de caminos, pero en 31 de octubre de 1777 quedó restringido a que los penados realizaran únicamente labores dentro de su recinto (137). Pese a esta orden quiero anotar una curiosa circunstancia: en 1781 había salido en corso desde Coruña un barco llevando algunos desterrados como marineros con la anuencia de don Pedro Martín Zermeno y sin contar con el beneplácito real. El navío fue apresado por los ingleses; aparte de la ligereza por la falta de permiso, pidió D. Pedro se les otorgara indulto, «... pues se restituyeron libremente los de la adjunta relacion...». Carlos III, le admite para unos y se contenta con desaprobare meramente la actuación (138). Tan leve reproche debe situarse en que aquél era un personaje muy ilustre: «... Mariscal de

en este mes doy la presente...» 4 de abril de 1784: «Don Vizente de Beza... certifico que los desterrados de esta plaza y su capataz se han empleado en componer el baluarte de S. Telmo ascendiendo el numero de ellos a 10...».

(134) AGS, SG, GM, leg. 4967: Palma de Mallorca, 1 de octubre de 1783: Vid. apénd. doc. n. 12.

(135) AHN, Consejos, leg. 3008.

(136) AGS, SG, GM, leg. 4877.

(137) AGS, SG, GM, leg. 4940.

(138) AGS, SG, GM, leg. 4958: 8 de enero de 1781: «Don Pedro Cermeño, dice que quando se armó en corso en La Coruña la Balandra nombrada Infanta Carlota, se destinaron para tripularla algunos individuos de la brigada de desterrados, esco-

Campo de los reales exercitos del Consejo de S.M. en el Supremo de Guerra, governador y Comandante General del Reino de Galicia...» (139); además, fue Comandante General de Orán desde 1767 a 1776.

2.5.1 *Los presidios de Madrid*

Respecto a Madrid (140) en el último tercio del siglo XVIII contaba con tres cárceles: cárcel de Corte, cárcel de la Villa y la sujeta a la jurisdicción eclesiástica llamada cárcel de la Corona; desde ellas les trasladaban hacia los presidios norteafricanos y arsenales. Pero también podían quedarse en dos destacamentos penales situados en la capital: los presidios del «Puente de Toledo» y el del «Prado». El primero dependía de la Dirección General de Correos y Caminos, adscripción lógica pues los reos, que normalmente no superaron el número de cincuenta, se dedicaban al mantenimiento de caminos y otros paseos del extrarradio. Por Real Orden de 4 de junio de 1785 el gasto en alimentación se sufragaba con el producto de la venta de vino en la llamada «taberna del presidio», privilegio abolido por Real Orden de 24 de enero de 1804 ante las reiteradas reclamaciones y denuncias de los cinco gremios de Madrid.

El presidio del Prado se remonta a 1767 por orden suscrita del Conde Aranda y como producto de los planes urbanísticos de Carlos III. Establecido para el embellecimiento de ese paseo, al terminar sus principales obras se suprime en 24 de mayo de 1798, contribuyendo a la extinción el mal efecto de los presidiarios que «*se dedicaban a incomodar pordioseando entre las gentes*»; recreado de nuevo en 27 de octubre

giendo los que no tenían delitos graves y que habiendo sido apresados por los ingleses se restituyeron voluntariamente los que contiene la adjunta relacion, no obstante que tenían ya su libertad y los halla acreedores al indulto por el poco tiempo que les falta.» Se adjunta una lista con los 12 nombres. Para dictaminar resolución se indica: «*Falta la noticia de los delitos porque fueron desterrados.*» En 3 de febrero de 1781 se añaden los delitos de cada uno. Resolución: «*hagase entender a Cermeño que estando desterrados estos reos no tuvo facultad de aplicar al Corso estos sin dar cuenta a S.M. y esperar resolucion y no obstante S.M. viene en concederles indulto a excepcion de Vicente Torre y Antonio Barroso por la muerte que resulto y por el de aver intentado quemar las puertas de carcel.*» Sin embargo, a estos reos les faltan sólo tres años para cumplir, habiendo otros que sí se les otorga el indulto a pesar de que les quedan aún siete años (pero por haber vendido prendas, munición, o tener mala conducta), ejemplo demostrativo de la importancia que tiene el tipo de delito, más que los años de condena, para percibir indulto.

(139) AGS, SG, GM, leg. 4946.

(140) CASTELLANO, P.: «Las cárceles de Madrid en el último tercio del siglo XVIII y primero del XIX». *Revista de Estudios Penitenciarios*, n. 129, Madrid, 1957, pp. 605-606.

de 1801 (141), dificultades en el alojamiento (decía el Corregidor de Madrid, don Juan de Morales en 21 de mayo de 1802 que no es posible el restablecimiento, pues: «... *el Posito donde anteriormente se habían recluido esta ocupado por un mesón de cuyo arrendamiento se beneficia el Ayuntamiento*») le hicieron quedar en suspenso hasta finales de 1803, siendo por fin ingresados en una «*casa lavadero que ya antes había servido de presidio sita a la derecha del Puente de Toledo, camino viejo que conduce al de Segovia*». Estos dos presidios eran únicamente para delitos leves: «... *los presidios del prado, camino imperial o fuente de Toledo son mas bien correccionales, que casas fuertes capaces de custodiar hombres facinerosos y ademas está mandado no pueda destinarse a ellos a ningun reo por mas de un año*» (142).

Casi a finales de siglo fueron enviados a las obras del canal de la sierra de Guadarrama, cercana a Madrid, según se expone en las Actas de la Junta Suprema de Estado del 9 de junio de 1788: «*El señor Conde (Floridablanca) expresó que el Banco Nacional pide que por los jueces de Madrid se destinen a las obras del Canal de Guadarrama cien hombres, al modo que los destinan al Prado o al camino imperial. Pareció que no había reparos en ello y que el señor Conde podía expedir la orden correspondiente; pues una vez que los que gobiernan la obra los piden, ellos habrán reflexionado la utilidad que pueden sacar de esta gente*» (143).

Las distintas jurisdicciones de Madrid sentenciaron desde 1797 a 1801 según se expone en cita (144).

(141) AHN, Consejos, leg. 3011: Se estima su restablecimiento en la carta de José Caballero al Gobernador del Consejo en 22 de octubre de 1801 que motivó el «*Expediente formado en virtud de Real Orden en que se manda se restablezca en la Villa el presidio del Prado que hubo en ella hasta el año pasado de 1798, para que los Tribunales de ella puedan destinar reos que juzguen ser merecedores de esta pena*» que fructificaría en la Real Orden de 27 de octubre de 1801.

(142) AHN, Consejos, leg. 3008. Dictamen de la Sala de Alcaldes de Casa y Corte en 18 de julio de 1799.

(143) ESCUDERO, J. A.: *Los orígenes del Consejo de Ministros*, tomo 2, Madrid, 1979, p. 214: «*Cien hombres de los destinados a obras públicas para que trabajen en la del Canal de Guadarrama*».

(144) AHN, Consejos, leg. 3008: «*Destinos de los sentenciados por las Salas de Madrid*»: relación de 19 de julio de 1802:

Años	Distintos destinos			
	Presidios norteafricanos	Arsenales	Marina	Obras del Camino Imperial
1797	70	7	33	38
1798	76	8	53	57
1799	87	15	64	59
1800	83	24	52	66
1801	68	12	55	77
Total	384	66	257	297

2.5.2 Los presidios industriales

En Sevilla, desde la Real Orden de 24 de octubre de 1758 se admitió que en tanto esperaran el barco que les condujera a Ceuta ingresaran en «*la Casa Fabrica de Tabaco, en calidad de Peones Gastadores con el socorro de dos reales diarios baxo la direccion de un sargento que los cuide y haga la funcion de Sobreestante, por cuyo medio no devengan ociosos su Prest...*», ya que «*... en esa ciudad hay obras publicas y Reales en que pueden emplearse los presidiarios...*» (145). No hay constancia del número de reos conducidos a la fábrica de tabaco, pero sí de la creación de un presidio industrial en la ciudad para fábrica de salitre (nitrato potásico, para la fabricación de pólvora negra) en dicha capital (146). Veamos los antecedentes: fuéronse destinando a esta fábrica reos en corta medida, en virtud de la Real Orden anterior, pero cuando se dispuso aumentar su número hasta 200, se vio la necesidad de establecer unas normas que valieran de soporte jurídico, ya que se destinaban a una fábrica regida por un particular (147).

Se rigió la fábrica de salitre por la Instrucción de 27 de mayo de 1767 (148), normativa importante, pues a excepción de las regula-

(145) PORTUGUÉS, J. A.: «Colección General de Ordenanzas militares por D. Joseph Antonio Portugués, Caballero del Orden de Santiago, Comendador de Villarrubia de los Ojos en la de Calatrava, del Consejo de S.M. y su Secretario con exercicio en la primera mesa de la Secretaria de Estado y del Despacho Universal de la Guerra. Tomo 8, Presidios: Comprende las Ordenanzas que corresponden a las plazas de Ceuta, Oran, Melilla, Peñon, Alhucemas y Oficios en Malaga, desde el año de 1665 hasta el de 1758». Madrid, 1764, p. 474: «*Real Orden de 24 de octubre de 1758 sobre el destino que se ha de dar a los presidiarios interin se remiten a Ceuta*».

(146) AHN, Consejos, leg. 3008: «*Expediente en virtud de Real Orden de S.M. de 27 mayo de 1767 comunicada al Consejo por la via reservada de Hacienda con una instruccion y ordenanza para el gobierno del presidio en servicio de las fabricas de salitre que de cuenta de S.M. se administran en Sevilla*».

(147) AHN, Consejos, leg. 3008: 27 de mayo de 1767: «*Con el fin de aumentar la lavor de la polvora y evitar recurrir por ella a extraños, pagandola a precios excesivos se mandó establecer en Sevilla la fabrica que ay de salitres y para adelantar los trabajos con aorro se dispuso a proposicion del Yntendente, que se destinasen a ella 60 u 80 hombres de los que se juntan en la Caja de aquella ciudad para presidios y arsenales, sacandose los de a proposito para que travajasen en lugar de peones. Haviendo habido ventajas... se vea ahora a 200 reos, y tengan delitos lebes, respecto de no ser suficientes los que ay para los travajos... Para el gobierno de esta gente S.M. manda que se observe la Ynstruccion conveniente, a fin de que haciendola presente al Consejo la comunique a la Chancilleria de Granada para que se hallen enterados y no ocurra embarazo en quanto a los presidiarios que se destinen a los travajos de la Fabrica para cumplir sus condenas*».

(148) AHN, Consejos, leg. 3008: Instrucción de 27 de mayo de 1767: *Vid.* apénd. doc. n. 13.

ciones para las minas de Almadén puede considerarse la primera regulación sobre presidios de carácter industrial; se remite en muchos aspectos a lo prefijado en el Reglamento de Ceuta, vigente el 1 de enero de 1746. Revisada por el Consejo de Castilla, el Fiscal propuso una serie de mejoras de buen valor jurídico (149): «... que quando las salas del crimen de Granada y Sevilla impusiesen pena de presidio y estimasen por los meritos de la Causa que los reos pasasen a cumplirla a los Presidios ultramarinos, y que no quedasen en la fabrica de salitre, no pudiese elegirlos el administrador de ella, ni destinarlos allí el yntendente», que fueron incorporándose al proyecto original; era, pues, el Intendente de Sevilla quien determinaba entre los condenados por delitos leves los susceptibles a ingresar y, posteriormente, el administrador de la fábrica elegía entre éstos a los idóneos. Quedó aprobada la Instrucción finalmente en 17 de junio de 1767.

El incidente de una fuga en la fábrica de salitre nos va a ofrecer la oportunidad de observar su régimen, cuatro años después de la Instrucción, con otras cuestiones de interés. Los hechos provienen de una denuncia de la Sala de la Audiencia de Sevilla dirigida al Consejo de Castilla en 10 de febrero de 1771: «Por causa de la villa de Utrera a Joseph Rodriguez por complicidad en hurto de cavallo y ovejas... fue condenado a 4 años de presidio en uno de los de Africa; se paso testimonio de la sentencia al yntendente, para que tubiese efecto su aplicacion; y estando la Sala en la inteligencia de que habria ido a cumplir el tiempo de su condena se halló no sin extrañeza con la novedad de haver sido nuevamente aprehendido en la misma Villa de Utrera por haverlo destinado el Yntendente a la fabrica de Salitre, de donde avia desertado... la aplicación dada por el Yntendente al Salitre, es en expresa contravencion a la Real Orden de 17 junio de 1767... pasando a este oficio en razon de la infrac-

(149) AHN, Consejos, leg. 3008. El Fiscal en 10 de junio de 1767: «... que por los artículos 2.º y 3.º de la Instrucción se han de elegir por el administrador que es o fuere de ellas en las carzeles de Sevilla antes de salir embarcados a Zeuta... resulta que ha de aver dos elecciones, una para discernir los presidarios, que sean destinados por delitos leves; y otra para sacar entre estos los que combengan al travajo de la fabrica. El administrador puede pretender que le pertenece graduar la gravedad o levedad de los delitos para escoger los presidarios y esto que acaso no sera conforme a la mente del Rey, podria producir inconvenientes. Aunque en los testimonios de las condenaciones se expresa regularmente el delito, es con generalidad, y sin toda la expresion de los motivos que inclinaron a el tribunal que impuso la pena. Puede aver delito, que en el testimonio no parezca de la mayor enormidad, y en el proceso tenga tales circunstancias que no combenga que el reo se quede en lo interior de el Reyno... le parece a este fiscal que la instruccion remitida a el Consejo se puede comunicar... con la prevencion de que quando se impusieren penas de presidio y se estimare por los meritos de la causa que combiene que los reos pasen a cumplirlas a los presidios ultramarinos, y que no queden en la fabrica de salitres, hagan esta adbertencia en las condenaciones».

cion como del poco cuidado con que se custodiaban los reos rematados a los trabajos de la dicha fabrica con la frecuencia de fugas; la libertad de que se les permitia usar para entrar y salir en la ciudad...». La respuesta que dio el Intendente consistió en que no figuraba que el reo no podía ser destinado a la fábrica: «... que en la sentencia de Joseph Rodriguez no se havia puesto la advertencia de que no pudiera cumplirse en el salitre, y que como todos los presidios son ultramarinos, y se nombran indistintamente de Africa, no era vastante esta expresion para que la yntendencia comprehendiese quedar por ella los reos excluidos del Salitre...».

La Sala plena del Consejo de Castilla, con estos antecedentes, se pronuncia en 23 de octubre de 1771 (150) sentando como doctrina: «... es de suponer que desde que recibio la Real Orden de 17 de junio de 1767 se entablo en la Sala (de la Audiencia de Sevilla) la practica de destinar a presidio sin otra expresion, ni qualidad a los que podian indistintamente aplicarse a alguno de los ultramarinos o a la fabrica de Salitre y la de especificar presidio de Africa quando assi lo requeria la gravedad...», interpretación transcendental, ya que significa que si en las sentencias se redactaba únicamente a «presidio» podían destinarse al salitre o a los ultramarinos (situados en posesiones hispanoamericanas y no la sutileza que empleaba el Intendente de considerar los de África «ultramarinos» por tener que cruzar una parte de mar). Para no llevar a error, determinaba que «... la Real Audiencia añada en las condenaciones la calidad de que los reos no sean aplicados a las fabricas de salitre...».

El Consejo se extendía a observar el régimen de los presidiarios: «... los tenían distinguidos en tres clases: Primera para cabos que gobernaban quadrillas de trabajadores y practicaban otras diligencias de alguna mas confianza los quales tenían licencia del administrador y comisario para la entrada en la ciudad a los asuntos que les encargaban o que ellos tomaban por pretexto con el cargo de haver de estar a las oraciones en la fabrica; la Segunda clase era de los que llamaban alibiados los quales andavan sin grillete y tenían facultad de pasearse entre las puertas del osario y del sol, que es lo que se extiende a la referida fabrica, y estos como que nadie andava con ellos celandolos, se introducian clandestinamente en la ciudad y parages inmediatos sien-doles por esto mui facil la desercion y otros delitos; y la Tercera clase de los que andaban con grillete y se exercitavan en los trabajos mas penosos...»; estas noticias, conocidas a través de algún informe, deshacen el pensamiento de que todos los reos fueran de delitos leves, pues estas clases se fijarían según la gravedad delictiva.

(150) AHN, Consejos, leg. 3008. Firman la Consulta cinco miembros del Consejo.

Que andaban con poca sujeción, se ratifica por estas palabras del Consejo: «... aunque el intendente dio orden en 27 octubre del año 69 para que el administrador D. Joseph de Elizalde no permitiese que ninguno de los reos, anduviesen en libertad yendo formados en brigadas con guardia y custodia y que todas las noches al toque de oraciones se les pasase lista y diese cuenta de los que faltasen y se les castigara como a tales con prevenciones y providencias, esta no se ha verificado sino han continuado desordenes de salir presidiarios y andar solos por esta ciudad... que el yntendente se dirigiese dando a la Sala testimonio de la aplicacion de cada reo, para que se pusiese con su respectiva causa y de este modo constase en ella el efectivo cumplimiento de las sentencias que se les ymponen...» (151).

Otro presidio de carácter industrial para trabajos de salinas estuvo en Ibiza. Su origen proviene cuando en 19 de mayo de 1788 examina y aprueba la Junta Suprema de Estado una solicitud demandando presidiarios: «convenría enviar a Ybiza algún número de desterrados, para emplearlos en aquellas salinas y otros trabajos, particularmente de los que sepan algun oficio. Y se acordó que se pase un oficio al señor Floridablanca para que por Gracia y Justicia se comuniqué al Consejo la orden» (152). Según un informe de 13 de mayo de 1805 se pretendió rehabilitarle: «... para Ibiza se propone el restablecimiento del presidio que hubo para los trabajos de salinas, con numero de 200 que fue extinguido al parecer, con motivo de la ultima guerra por haver cesado la extracción de sales...», constando la existencia de presidio en Ibiza para obras, no en las salinas, compuesto por cien presidiarios; en el informe se proponen nuevos presidios industriales: «para las minas de Plomo en la sierra de Baza y el lugar llamado presidio de las Alpujarras... y en las minas de cobre de Riotinto...» (153).

2.5.3 La «Caxa de Rematados» de Málaga

Un caso muy particular e importante era la «caxa de rematados» de Málaga, lugar principal desde donde eran conducidos a los presidios africanos, en especial a Orán, Melilla, Peñón de Vélez y Alhucemas, quedando Sevilla y Cádiz como centros de reunión más comunes para los que se remitían a Ceuta aunque también por Málaga se fletaban barcos con ese destino. Prácticamente todos los materiales físicos para las obras de los presidios y los elementos humanos penales tenían como punto de partida los embarcaderos de Málaga.

(151) AHN, Consejos, leg. 3008.

(152) ESCUDERO, J. A.: *Los orígenes...* tomo 2, *op. cit.*, p. 196.

(153) AHN, Consejos, leg. 3008. Dictamen fiscal de 13 de agosto de 1805.

Su regulación principal fue en 7 de diciembre de 1745 (154): «*Reglamento y Dotacion de caudales de la Veeduría, Comissaría, y Pagaduría de Presidios en Malaga, para desde primero de Enero de mil setecientos quarenta y seis en adelante*» (155), que en su introducción citaba: «... *por quanto habiendo señalado, y establecido en la Ciudad, y Puerto de Malaga los Oficios de Veeduría y Comissaria de Armadas, y Fronteras, y una Pagaduría de los presidios de Africa...*», estableciendo a renglón seguido los sueldos de los empleados de la veeduría y hospital. El «*Veedor*» tenía amplias competencias como la supervisión del control económico de los presidios norteafricanos (incluidas las de las guarniciones ordinarias y extraordinarias), distribución efectiva de los condenados, etc., siendo, a medida que avanza la centuria, el principal enlace con la Corte. También formaba listas de los presidiarios de la *caxa* para atender su sustento: «*Para satisfaccion del socorro diario, que se suministrare en la Carcel de Malaga à los Presidarios, y Galeotes, formará à fin de cada mes el Veedor una Relacion, nombre por nombre, declarando los socorros, que à cada uno pertenecen al mes...*» y conforme a esa relación, el «*Pagador*» entregaba el importe al «*Ayudante de la Veeduría*», competente para «*subministrar en las Carceles los socorros diarios à los presidiarios, y Galeotes, que huviessen en ellas...*».

La veeduría, por su cariz económico, quedó dependiente de la Secretaría de Hacienda desde 1760 (156) aunque por las funciones

(154) Un mes antes, se había fijado la asignación anual a los presidiarios de la Caja, y que la financiación siguiera por la Comisaría General de Cruzada: «*Real Reglamento de 10 de noviembre de 1745, para la veeduría, comisaria, y pagaduría de presidios en Málaga*»: «... *para los gastos de los socorros de los Presidarios, que se remiten à Málaga, Dietas que causan en la Carcel, y medicinas, estancias de Hospitalidad, Salario de medico, cirujano, y sirvientes en el hospital de la carcel, su aséo, gasto de capilla, arrendamiento de casas, que sirven uno y otro para el hospital Real, y para los demás gastos menores extraordinarios, se consideran cada año 80.000 reales de vellón...*». Vid. PORTUGUÉS, J. A.: *Colección...* tomo 8, *op. cit.*, p. 375.

(155) AGM, 2.^a Sección, 10.^a División, leg. 280.

(156) AGS, SG, GM, leg. 4877: 1 de febrero de 1760. Al Marques de Squilace (secretario de Despacho de Hacienda): «*Enterado el Rey de que los tres presidios menores de Africa Melilla, Peñón y Alhucemas gobernados con reglamentos hechos en el año 1746, corresponde al ministerio de Hacienda el cuidado de su observancia: ha resuelto S.M. que a excepción del conocimiento en quanto pertenece a lo militar de la guarnición ordinaria y extraordinaria de ellos, de las condenas y salidas de los Desterrados y graduación de la necesidad o inutilidad de las obras y reparos, y asimismo de la Artillería, pasen por la Secretaría de Hacienda del cargo de Ve los demás asuntos, como son asientos para su provision, remesa de materiales, pensiones de viudas y huerfanos y otros semejantes de que cuida el comisario de guerra D. Miguel de Monsalve, que a ese fin se halla en Malaga por Veedor de Presidios, y que asta aqui se ha entendido con la Secretaría de Guerra.*».

omnicomprensivas del veedor tuviera conexión directa con otras secretarías, fundamentalmente con las de «Guerra» y «Marina»; así, ostentaba el título de *«Veedor General y Contador de Armadas y Fronteras, juez de fugas y solturas de presidiarios y demas ramatados a arsenales, minas y campañas en esta plaza»* (157), con competencias delegadas de la Superintendencia General de Presidios y que por las características de Málaga como *«deposito general de rematados»*, tenían importante incidencia.

La pobreza y masificación constituían graves problemas de la *«caxa»* malagueña, generando algunas epidemias. Un expediente de 1781 nos va a permitir conocer estas carencias (158). El veedor comentaba que las enfermedades provenían del *«crezido numero de reos que se detubieron y aun existen en la Caxa...»*; anotaba que estaba en vigor una contrata de los presidiarios enfermos con la orden de San Juan de Dios y que, para evitar controversias, prefería no hacer uso de sus atribuciones como Juez de rematados: *«el ministerio que exerzo tubo a su cuidado la curativa de rematados en esta Caxa, hasta que por una nueva Contrata con la Comunidad de S. Juan de Dios, se le privò de este Conocimiento... y desde entonces he procurado vivir mui distante de semexante encargo, no por que haian faltado motivos para injerirme, como Juez privativo que soy de semexantes reos, pero he temido que se atribuyese a desquite, lo que en realidad hubiera sido justa razon y ynherente à las facultades de mi Juzgado...»*; informando de la necesidad de aplicar una serie de medidas higiénicas tan elementales que hacen suponer que la contrata se ejercía deficitariamente (159). En otro escrito al Intendente de Málaga, Marqués de Villafuerte, insistía en que *«los inmensos travaxos y miserias que padecen los Desterrados, en el ordinario dilatado curso de sus Causas y Condenas, y enla subse- quente llegada a esta Caxa, es mui natural que vaian enfermos o mui deviles a sus destinos, por ser moralmente imposible que aqui se reparen aunque tubiesen maior socorro y comodidad que la comun de un reducido encierro... en esta Carzel han cabido antes de ahora hasta 800 reos de Presidios y Leba...»*.

(157) AGS, SG, GM, leg. 4958: Título de don Ramon de Monsalve y Pabon, acreditado por él mismo en 10 de junio de 1781.

(158) AGS, SG, GM, leg. 4958: el Conde de Xerena (capitán general de la costa de Granada) a don Ramon de Monsalve (veedor de presidios de Málaga), 31 de enero de 1781. *Vid.* apénd. doc. n. 14.

(159) AGS, SG, GM, leg. 4958: Don Ramon de Monsalve al Conde de Xerena, 1 de febrero de 1781: *Vid.* apénd. doc. n. 15.

2.5.3.1 Funcionamiento de la «Caxa» como presidio de obras públicas

Aparte de la importancia implícita de este expediente, le he traído a colación pues enumera la existencia en Málaga de un destacamento penal, adscrito a la «Caxa», para obras públicas: «... hay 99 *presidarios que en el día existen empleados en la obra del Camino, por haver manifestado la Junta que por aora, no necesita mas que estos, y otros 20 que se deven retener en la Caxa para remplazar las novedades de los primeros las que son frecuentes...*» (160). Destacamento que sería potenciado e incentivado posteriormente con rebajas de condena: «... *en que se manda aumentar hasta 200 el numero de presidarios destinados a la obra del camino que se contruye desde Malaga hasta Antequera. Y que por cada diez varas de camino avierto y concluido por ellos se le rebaje tres meses de tiempo de condena*» (161). Que tuvo continuación este empleo, queda comprobado por la Real Orden de 27 de enero de 1787 (162) prescribiendo que quienes lo desempeñaran fueran reos de delitos leves: «... *quedando solo en los trabajos publicos de la plaza y sus inmediaciones los de delitos de corta gravedad y los que por serlo vayan sin aplicacion fixa y en quienes no haya el riesgo de que desertando sean perjudiciales al Estado, pueblo donde cometieron el delito, personas que concurrieron á su justificacion ó Jueces que los sentenciaron...*».

Lasala comenta otra Real Orden de 23 de octubre de 1795 aprobada por Carlos IV: «Gobierno de los presidiarios en la Caxa de Malaga»; repite de manera parecida la anterior disposición: «*para trabajar en las que estuvieren pendientes...se ha de echar mano de aquellos que en sus condenas lleven esta aplicacion...recayendo en aquellos de delitos menos graves en quienes no haya sospecha de fuga...*», incluyendo la prohibición de ceder reos para asistencia a particulares, objeto de permanente disputa en los presidios africanos: «*Ninguno de los destinados a dichos trabajos pueda ocuparse en obras particulares...ni alistarse en el numero de sus criados devien-dose valer de personas libres, que no lo son los presidiarios...*»; y separándose del criterio sentado en cuanto a la disminución de condenas por el trabajo: «*No se dispensen rebaxas a titulo de adelanta-*

(160) AGS, SG, GM, leg. 4958. Informe de 25 de febrero de 1781.

(161) AGS, SG, GM, leg. 5651. Real Orden de 28 de diciembre de 1782, comunicada al Consejo de Guerra, al Capitán General de la Costa de Granada y al Veedor de Málaga.

(162) Novísima Recopilación, Ley 12, título 40, libro 12: «*Destino de los confinados que lleguen á Malaga...*»: «*Quantos confinados lleguen á la Caxa de Malaga por ladrones, facinerosos y contrabandistas, sean inmediatamente remitidos a los destinos que prefixen sus condenas...*».

miento en estas obras publicas, ni con cualquiera otro motivo; pues sobre abrir una ancha puerta a la arbitrariedad y al desorden es de mal exemplo que otra autoridad que la del Soberano conceda estas gracias o indultos parciales...» (163).

Existe una relación de los condenados que pasaron por la caja de Málaga a finales del XVIII y principio del XIX (164). En 1807 la situación era aún peor, agravándose los problemas de falta de higiene y alojamiento: *«Esta plaza que es la caxa de los presidios menores de Africa, es en el dia el deposito general de estos, de los arsenales y de America, todos los quales reunidos a los que estan destinados a obras publicas ascendia su en 14 enero de este año a 2.000 hombres los que se han ido aumentando hasta 3.278 con las entradas diarias de los transitorios, cuerdas generales del reyno y de Cartagena que llegan de tiempo en tiempo, y hasta con los destinados al presidio de Ceuta que remite aquel gobernador, o por estar completa su dotacion o por*

(163) LASALA NAVARRO, G.: «Condena a obras públicas». Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios. N. 132, Madrid, 1958, p. 79.

(164) AHN, Consejos, leg. 3008: «Estado que manifiesta la entrada de presidiarios en el ultimo quinquenio desde 1.º enero 1797 hasta fin de diciembre 1801 en esta Caja de Malaga:

Años	Destinados distintas justicias	De regimientos	Cuerdas de Cartagena
1797	360	69	1.151
1798	447	117	1.247
1799	308	99	1.087
1800	289	69	689
1801	345	60	652

Años	Cuerdas de Ceuta	Prisioneros de guerra	Reos de la Carraca
1797	4	9	No
1798	91	No	No
1799	98	No	48
1800	80	61	No
1801	119	No	No

Totales: año 1797: 1.593; año 1798: 1.902; año 1799: 1.641; año 1800: 1.197; año 1801: 1.183. Total general: 7.516 (hay 8 por contabilizar de venidos de Sevilla). De modo que los entrados en el referido quinquenio ascienden a 7.516 presidiarios que prorrateados corresponden a un año comun 1.503. Nota: que en este total no se comprenden los que por nuevas causas se debuelben recargados de los presidios menores, los que por enfermos bienen de los mismos para su curacion, o para tomar uniones en Ceuta, ni los que por desertores de los propios presidios o de las obras publicas de esta comprehension llegan al la misma caja, aunque estos haian tenido su primera entrada antes del citado quinquenio como tampoco los desertores de Ceuta, S. Roque y Algeciras.» Firma: Monsalve.

no poderlos sostener. Unos y otros y particularmente los de las cuerdas llegan en la mayor desnudez y por lo comun muchos enfermos...» (165).

2.6 GÉNESIS Y PRIMER DESARROLLO DE LOS PRESIDIOS CORRECCIONALES

Una Consulta del Consejo de Castilla ofrecerá el primer diseño político de presidios peninsulares y la gestación de la Pragmática 22 de marzo de 1771, clasificatoria de reos según la gravedad del delito y personalidad delictiva, que para todos los autores es la de mayor calado de la historia penitenciaria del siglo XVIII. Esta Consulta se produce en 25 de septiembre de 1770 (166) al reunirse el Consejo, compuesto para la ocasión por veintiún miembros incluido su presidente el conde de Aranda. La representación fiscal la sostienen don Pedro Rodríguez de Campomanes y don José Moñino, que sería posteriormente el Conde de Floridablanca.

En el punto quinto de la Consulta mencionada aparece la génesis de los presidios correccionales, como dependencias inmediatas a los hospicios: «5.º Podría ser proporcionar que los hospicios de las capitales de provincia destinasen en su recinto algun lugar fuerte y separado de lo restante de su havitacion...en que se encerrase a tales reos y se les emplease en los trabajos de aserrar madera, piedra, y otras fatigas fuertes...quedando el producto para los mismos hospicios y concurriendo V.M. para la manutencion con el pré que actualmente paga a los desterrados en los presidios...».

El pensamiento ilustrado mostraba preocupación por el problema de la mendiguez pues se le veía como la antesala de la delincuencia; inquietud recogida por el mismo Conde de Floridablanca (167) quien además introduce en el ideario político de la Junta Suprema de Estado contar con un recinto separado para reos en el interior de los hospicios (168). También se estimaba necesaria la creación de asociacio-

(165) AHN, Consejos, leg. 3008: informe del veedor de Málaga en 4 de abril de 1807.

(166) AHN, Consejos, leg. 5993.

(167) «Memorial presentado a Carlos III y repetido a Carlos IV por el Conde de Floridablanca renunciando al ministerio» en «Obras originales del Conde de Floridablanca», Madrid, 1857, BAE, n. 59, p. 322: «... limpiar las inmundicias de los ociosos y sus familias, que formaban un vivero continuo de delincuentes... me atrevi á proponer á V. M. en 1777 que las limosnas se repartiessen, como se hace ahora en ciertos tiempos entre los pobres verdaderos... se tomasen providencias para impedir la mendiguez voluntaria, desterrar la ociosidad y promover la educacion y aplicacion al trabajo de los pobres...»

(168) FERRER DEL RÍO, A.: «Floridablanca, Obras Originales». BAE n. 57, Madrid, 1867: p. 19: «Instrucción reservada, que la junta de estado, creada formal-

nes, como «*la de Señoras*», existente en la galera de Madrid (169) y «*Juntas de Caridad*» que cooperaran a hacer posible el logro (170).

Remitiéndome al derecho positivo, el que estos sitios acogieran a vagabundos inútiles para otros destinos no aparece hasta el 7 de mayo de 1775 (171) al promulgar Carlos III su célebre «*Real Ordenanza para las levadas anuales en todos los pueblos del Reyno*». En su punto 40 insertaba las reglas a seguir respecto a los vagos inútiles (aquellos «*por defecto de talla ó de robustez, y los que no tengan la edad de diez y siete años, ó hayan pasado de la de treinta y seis*») para las armas, prescribiendo se enviaran «*a la armada, oficios ó recogimiento en hospicios y casas de misericordia u otros equivalentes*». Pero consciente de que no había capacidad en los pocos establecimientos benéficos existentes, escribía: «*... en quanto a esos destinos se necesita particular exámen para el arreglo oportuno...*». Esta ordenanza implicó que algunos vagos inútiles empezaran a ingresar en estos lugares. Seis años más tarde poco se había arreglado en este sentido pues en la Cédula 12 de julio de 1781 (172) para el «*Destino y ocupa-*

mente por mi decreto de este dia 8 de julio de 1787, deberá observar en todos los puntos y ramos encargados a su conocimiento y exámen», p. 47: «*Punto LXVI. En los hospicios debería haber lugar separado para la corrección y castigo, no confundiendo a los delincuentes con los pobres honrados. En los hospicios sería justo no recoger más que los niños para su enseñanza y las personas impedidas, separando en ellos un lugar destinado a la corrección y castigo, con diverso nombre, como tengo mandado, para no confundir los delincuentes con los pobres honrados, ni causar horror ni descrédito a estas casas. Los hospicios podrían ser escuelas practicas de muchas artes y oficios, sin establecer fábricas costosas y muy extendidas, que ocasionan grandes desperdicios y pérdidas, y suelen perjudicar a los gremios de artesanos.*»

(169) «*Memorial presentado a Carlos III...por el conde de Floridablanca...*» *op. cit.*, p. 324: «*...se establecieron 3.000 ducados para el trabajo y labores de aquellas infelices, convirtiendo en mujeres delicadas y morigeradas unas ramerías abominables. Una asociación de Señoras formada para este fin por el celo de un activo eclesiástico, ha sido autorizada y protegida por V.M. con muy feliz suceso...*».

(170) MELÉNDEZ VALDÉS: «*Discursos forenses: Fragmentos de un discurso sobre la mendiguez...*» Madrid, 1790. Ed. 1986, BN: 3/153867. Pp. 23 y 36: «*De la mendiguez a la ratería y a el robo no hay sino un paso, y otro del robo hasta el suplicio. ¿Y cuantos no han parado en él o en los presidios que tuvieron su aprendizaje de mendigos?*» «*Idea de una asociación de caridad para socorro de los pobres: debe estenderse por el suelo español... desde el anciano inútil al huerfano desvalido, del vagabundo valido, a la joven pordiosera, a la retirada viuda y el aplicado menestral... solo una asociación de caridad podría ejecutar bien la santa cuan importante obra de recoger y socorrer los pobres...*»

(171) Novísima Recopilación: Ley 7, Título 31, Libro 12.

(172) AHN, Consejos, libro 1491, n. 48: «*Real Cedula de 12 de julio de 1781 estableciendo medio y modos de dar destino y ocupacion a los vagos ineptos a armas y marina interin se establecen y acuerdan providencias sobre ereccion de casas de misericordia*». Se incluyó en la Novísima Recopilación: Ley 10, título 31, libro 12.

ción de los vagos ineptos para el servicio de armas y marina», se decía con franqueza: «... *esta tratando en el mi Consejo sobre ereccion de casas de misericordia...*». Y en la de 11 de enero de 1784 (173) se anotaba en el punto 3.º: «*los vagos ineptos al servicio de armas o marina que no tuvieran otro delito que este vicio y tambien los muchachos de corta edad que fueren aprehendidos por vagos, se remitirán a los hospicios ó casas de misericordia del partido, ó de la capital de la provincia...*», dando a entender que ya existían bastantes centros creados. No obstante, sigue reconociendo: «... *no habiendo todavía en el Reyno suficiente numero de hospicios y casas de misericordia (y ahora viene lo importante) y no debiendo mezclarse con los demas hospicianos los vagos, que ademas de su vagancia se contemplan con vicios perjudiciales, para que no les influyan sus resabios; se destinaran salas ó lugares de correccion contiguas á los mismos hospicios, en que con separacion estos vagos resabiados se empleen en los trabajos de las obras, huertas y demas faenas de la casa*».

El resultado de estas disposiciones fue que empezaron a erigirse, catorce años después de sugerirlo la Consulta de 1770, dependientes de cada hospicio o casa de misericordia y evidentemente cerca de ellas, si no en el mismo edificio, unas casas de corrección que, de momento, eran sólo para los vagos ineptos, vagos que tenían una cualidad (llámese mayor peligrosidad) que les diferenciaba del resto de «pobres verdaderos» alojados. Pero es que, además, la Cédula 11 de enero de 1784 en su punto 6.º establecía: «... *los Tribunales y Justicias no destinarán á delinquente alguno, hombre ó muger, al hospicio ó casa de misericordia ó caridad con este nombre, para evitar la mala opinion, voz y odiosidad del castigo á la misma casa y á sus individuos; pues deberan destinar á los reos al presidio, ó encierro de correccion de que cuide el hospicio, con expresion bastante que los distinga, y desengañe al publico*». Amparándose en esta frase, podían remitirse a estas casas de corrección los reos por delitos leves inútiles para presidio, y no sólo a los vagos.

Pero la mayoría de los hospicios no tenían esas dependencias específicas mezclándose los reos con el resto de pobres, situación denunciada por la Circular del Consejo de 20 de noviembre de 1788: «... *habiendo recurrido ahora á mi Real Persona algunas Juntas de hospicios, quejándose de que las Justicias destinan á estas casas de caridad muchas personas viciosas de uno y otro sexo por via de correccion ó castigo; de lo que se sigue que, mezclandose con los pobres que hay en ellas, pervierten sus costumbres: he resuelto, se*

(173) Novísima Recopilación: Ley 12, Título 31, Libro 12.

expidan las ordenes correspondientes, para que las Justicias no condenen á semejantes personas á las referidas casas ni aun por via de deposito, no habiendo en ellas departamento de correccion» (174); esto es, habiendo departamento o casa de corrección se admitía enviarlos, muy natural por otra parte en virtud de que el principio supremo era el de utilidad (175).

Las realizaciones prácticas fueron limitadas: citaré como representativas el hospicio para muchachos pobres fundado en Sevilla en 1727 llamado «Los Toribios» y el correccional de San Fernando del Jarama en Madrid, de 1766 (176). Lo más significativo era la adscripción al poder civil de los establecimientos benéficos en detrimento de quien secularmente venía ostentándolo, el poder religioso, como demandaban los autores proyectistas ilustrados (177), traducándose en uno de los objetivos de las Sociedades Económicas y buscándose medios financieros para posibilitarlos (178).

(174) AHN, Consejos, libro 1494, n. 65: «Circular de 20 de noviembre de 1788 para que las justicias no condenen a los delinquentes a Hospicio o casa de misericordia ni aun por via de deposito no habiendo departamento de correccion», expedida recogiendo la Real Orden de 9 de noviembre de 1788 que sobre el mismo asunto se incluyó en Novísima Recopilación: Ley 19, título 40, libro 12.

(175) Por eso eran enviados a departamentos correccionales (o a cárceles). Con motivo de haber sentenciado la Chancillería de Granada al arsenal de Cádiz a dos ciegos, la Real Orden 3 de noviembre de 1789, «mandó S.M. que no se destinen reos de esta calidad a los arsenales, pues solo sirven de gasto y embarazo». Vid. Novísima Recopilación: Ley 19, Título 40, Libro 12.

(176) El nombre de los «Toribios» proviene del fraile fundador llamado Toribio. Se conoce su régimen gracias a BACA, G.: «Los Thoribios de Sevilla», Madrid, 1766. Respecto a Madrid, el «hospital de los Desamparados», fundado en 1673, empezó a albergar muchachos pobres; del hospicio de Madrid, muy saturado, se desprendió y habilitó la casa de S. Fernando del Jarama con un carácter más de correccional (del tipo exigido por las cédulas enumeradas) que asistencial; éste fue visitado y alabado por el filántropo Jhon Howard según reflejó en su célebre obra «Etat des prisons, des hopitaux et des maisons de force», París, 1788. Contaba con 309 hombres y 547 mujeres. Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Los presos jóvenes», Madrid, 1991, p. 26 y ROLDÁN BARBERO, H.: *op. cit.*, pp. 42 y 76. El avance del tiempo arrojará mayores cifras: en 1802 la Sala de Alcaldes enviaba 221 a hospicios, 164 a presidios y arsenales y 119 a obras del Camino Imperial Cfr. DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: «Sociedad y Estado...» *op. cit.*, p. 335.

(177) Arriquibar, N.: «Recreación política». Mod. ed. Bilbao, 1987. Carta de 1 de noviembre de 1764 p. 100: «Todo hombre ocioso debe ser objeto de la inquisicion del gobierno... no hay medio mas eficaz que el de perfeccionar el arbitrio de los hospicios publicos... no hay limosna mejor empleada que la que se distribuye en los hospicios...». Ver también Herr, R.: «España y la revolución del siglo XVIII. Madrid, 1988, p. 28: «La mendicidad estaba excesivamente difundida e inveterada y los funcionarios competentes eran demasiado escasos para que el gobierno pudiese lograr su propósito; pero incluso en lo tocante a la caridad, la iglesia empezaba a sentir el peso de la autoridad real.»

(178) AHN, Consejos, libro 1491, n. 34: 19 de febrero de 1781: «Informes de las reales Sociedades Economicas de Madrid y Murcia sobre ereccion dotacion y

Cada vez con mayor intensidad, la insatisfacción de la realidad presidial era el factor que impulsaba a un estado de opinión favorable hacia la creación de casas de corrección en los finales del XVIII: «... *substituya Vmd. Casas de correccion á los presidios: estos no sirven sino para pervertir y corromper enteramente á los que van á ellos; pero aquellas serviran para formar su corazon, ya oyendo continuamente, mientras trabajan, las verdades de la religion, las obligaciones que tienen como ciudadanos, las utilidades que lograrian de ser buenos; y de detestar los vicios que les han conducido a aquel sitio; y ya no permitiendoles que traten unos con otros, para evitar el contagio con que los malvados podrian envenenar los corazones de los que todavia no se han familiarizado con los grandes delitos...*» (179).

APÉNDICE DOCUMENTAL

Apéndice documental n.º 1: clasificación de los diversos tipos de penas en las Partidas.

Siete Partidas: Ley 4, Título 31, Partida 7: «Siete maneras son de penas por que pueden los judgadores escarmentar á los facedores de los yerros; et las quatro dellas son mayores et las tres menores. Et las mayores son estas: la primera es dar á home pena de muerte ó de perdimiento de miembro. La segunda es condepnarlo que esté en fierros para siempre, cavando en los metales del rey, ó labrando en las otras sus labores ó sirviendo á los que las ficieren. La tercera es quando destierran á alguno para siempre en alguna isla o en algunt lugar cierto tomándole todos sus bienes. La quarta es quando mandan á alguno echar en fierros que yaga siempre preso en ellos, ó en carcel ó en otra prision: et tal prision como esta non la deben dar á home libre sinon a siervo; ca la carcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para

gobierno de hospicios de misericordia». AHN, Consejos, N. 5249: 3 de agosto de 1781: «El contador general de Propios comunica a la Intendencia de Toledo la Real Resolucion prorrogando por 10 años el impuesto de los 26 maravedis por ciento en el fondo de propios y arbitrios para el sostenimiento de los reales hospicios de Madrid y S. Fernando». AHN, Consejos, N. 645: «Real Decreto aplicacion del Breve de 1780 concediendo a S.M. alguna parte de beneficios eclesiasticos para fundar hospicios y casas de Misericordia». AHN, Consejos, libro 1499, n. 74: 30 de noviembre de 1798: «Real Cedula por la que se manda poner en practica en los hospitales y Casas de Misericordia el metido de la inoculacion de las viruelas».

(179) FORONDA, V.: «Cartas sobre los asuntos mas exquisitos de la economia politica y sobre las leyes criminales». Facsímil de 1994. Vid. apénd. doc. n. 16.

guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean juzgados. La quinta es quando destierran á algunt home por tiempo cierto en alguna isla ó para siempre, non le tomando los bienes. La sexta es quando dañan la fama de alguno judgándolo por enfamado, ó quando lo tuelen de algunt oficio que tiene por razon de algunt yerro que ha fecho, ó quando viedan á algunt abogado o personero por el yerro que fizo que non use dende adelante de oficio de abogado nin de personero, ó que non paresca ante los judgadores quando judgaren fasta tiempo cierto ó para siempre. La setena es quando condeñnan á alguno que sea azotado o ferido paladinamente por yerro que fizo, ó lo ponen por deshonra dél en la picota, o lo desnudan faciendo lo estar al sol untado de miel porque lo coman las moscas alguna hora del día».

Apéndice documental n.º 2: 1552, ampliación de delitos y grupos de delincuentes preferidos para la pena de galeras.

«Reales Ordenanzas y Pragmáticas (1527-1567)»: «La prematica que su magestad ha mandado hazer este año de 1552 de la pena que han de auer los ladrones y rufianes y vagamundos y para que sean castigados los holgazanes ansi hombres como mugeres y los esclausos de qualquier edad que sean que fueren presos»: «... los hurtos calificados, y robos y salteamiento en caminos o en campo, y fuerças... que buenamente pueda aver lugar comutacion sin hazer en ello perjuizio a partes querellosas: y no ser tan graues y calificados que conuengan a la republica no diferir la execucion de la justicia, mandamos las dichas penas sean comutadas en mandarlos yr a seruir en las galeras... Mandamos que los ladrones que conforme a las leyes de nuestros reynos deven de ser condenados en pena de açotes, de aqui adelante la pena sea, que le traygan a la verguença y que sirva quatro años en nuestras galeras por la primera vez, siendo el tal ladron mayor de veynte años, y por la segunda, le den cien açotes y sirva perpetuamente en las dichas galeras, y si fuere el hurto en nuestra corte, por la primera vez le den cien açotes y sirva ocho años en las dichas galeras siendo mayores de la dicha hedad, y por la segunda vez le sean dados dozientos açotes y sirva perpetuamente... los rufianes... que deven ser condenados por la primera vez en pena de açotes, la pena sea... sirva en galeras seys años; y por la segunda vez cien açotes y sirva en galeras perpetuamente... otrosi los vagamundos que... deban de ser castigados en pena de açotes... sirvan por la primera vez en galeras quatro años... seyendo mayor de veynte años y por la segunda vez, le sean dados cien açotes y sirvan en galeras ocho años; y por la tercera vez... cien açotes y sirva perpetuamente...»

Apéndice documental n.º 3: Ordenanza de Galeras de 1607.

AGM: 2.^a Sección, 3.^a División, leg. 130: «Ordenanza para la administracion y gobierno de las galeras de España: Orden que se ha de guardar...: «... Galera Capitana que ha de ser de veinte y ocho bancos, y no mas, y ha de traer de ordinario à seis remeros por banco de popa a proa, con los dos de esquite y fogon... Galera Patrona que ha de ser de veinte y siete bancos, y dellos ha de bogar veinte y cinco, ha de andar armada à cinco remeros por banco de popa à proa... Galera Ordinaria que ha de ser de veinte y seis bancos y han de bogar veinte y quatro ha de andar armada à quatro remeros por banco de popa a proa... y porque en la dicha chusma es bien que aya los esclavos necesarios, para salir en tierra a hazer aguada, leña y otros servicios... ordeno que en la Galera Capitana aya ochenta esclavos, en la Patrona cinquenta y en cada Galera ordinaria quarenta... y mandare orden para que se compren donde los huviere... porque es combeniente que las tabernas las tengan los Forçados, ó Esclavos como se solia hazer: mando que los Capitanes, ni Patrones, ni Comitres, ni otro hombre de Cabo, puedan tener taberna... sino que la tengan libremente todos los Forçados ò Esclavos que la quisieren tener... la costumbre que ay de dar algun refresco à la chusma, por alguna fuerça que haga, prohejando contra el viento, o en alguna tormenta, ò por otro accidente de trabajo es mi voluntad que se guarde y cumpla... con un libro donde se de cuenta a mi Capitan General del refresco que diò y la causa que para ello tuvo... de lo que huviere dado darà de quatro en quatro meses una relacion à los Oficiales del Sueldo... Quanto al dar licencia, y poner en libertad los remeros que huvieren cumplido el tiempo de sus condenaciones: quiero y es mi voluntad, y de nuevo mando que el mi Capitan General, y Veedor general, y Contadores estèn advertidos, para que en esto se vaya con consideracion, que à ninguno de los que huvieren cumplido, se les haga fuerça para servir acabado el plaço de su sentencia, ni costa à mi hazienda en darle racion, y sueldo de buenas boyas, por mas tiempo de aquel no se puede escusar».

Apéndice documental n.º 4: estado de las galeras a principios del XVIII.

AGM, 2.^a Sección, 7.^a División, leg. 12. 9 de diciembre de 1701: «Informe del Consejo de Guerra y relacion de los forçados y esclavos que se hallan en las galeras que estan y numero de los que faltan» «Señor... en el Real Decreto del 11 del pasado se sirvió VM de mandar

que pusiere luego el Consejo en su Real noticia, si avía falta de forzados en las Galeras de España. Y habiendose pedido esta noticia al Gobernador dellas, ha remitido la relación inclusa por donde parece que todos los remeros que se hallan efectivos en las galeras, son 1671 y que tocandoles para su dotación, 1971, faltan ducientos y ochenta y quatro; sobre que añade el gobernador que demas deste número que falta ay 24 forzados que cumplen sus condenaciones de aqui a primero de febrero del año proximo, que segun ordenes se les dara libertad, y asimismo algunos inutiles, que no se deven contar para el trabajo. El Consejo pone en las Reales manos de VM esta Relación por la qual, y por lo que añade el governorador, se servirá VM de reconocer que con los que han cumplido y cumplen brevemente, faltan mas de 300 remeros para la caval dotación de las Galeras.

Galeras	Forzados cumplidos	Forzados	Esclavos	Todos	Faltan
Galera Capitana	3	181	169	353	22
Galera Patrona	3	160	80	243	37
Galera Sta. Ana	2	174	70	246	14
Galera Almudena	3	170	61	234	26
Galera S. Miguel	1	195	64	260	—
Galera Soledad	—	45	59	104	156
Galera S. Joseph	1	167	63	231	29
Total	13	1.092	566	1.671	284

Apéndice documental n.º 5: 31 de diciembre de 1784, reimplantación de las galeras.

AHN, Consejos, leg. 3010: «Expediente por Real Orden de S.M. por la qual se sirbe restablecer las Galeras para el corso». «... con el objeto de esforzar por todos medios el corso contra los Argelinos, para que evidencien el poco fruto de sus piraterías, he resuelto restablecer mi Real Armada las galeras; y he dado las providencias convenientes para su apronto y conduccion à Cartagena, por los medios que tengo acordados; à cuyo fin es mi Real voluntad, que los Tribunales y Justicias del Reyno sentencien al servicio de galeras, como se practicaba antiguamente à los reos que lo mereciesen ha resuelto el rey restablecer las galeras, y aunque tenia meditado se construyeran dos en Malta, se ha ofrecido el Gran Maestre de la Religion de S. Juan a cederlas de las ultimamente construidas, cuya oferta ha aceptado S.M. y se dan providencias para su conduccion a Cartagena. Se lo comunico para que puedan los tribunales sentenciar al servicio de galeras como se practicaba antiguamente a los reos que lo merecieren y como no es regu-

lar que con la brevedad que conviene se pueda completar de esta gente la chusma de dichos buques, quiere S.M. que el Consejo consulte si de los reos ya sentenciados a otros destinos se podran y en que terminos aplicar algunos por conmutacion dejandoles o disminuyendoles el tiempo de sus condenas con presencia de sus delitos y diferencia del destino».

Apéndice documental n.º 6: 1785, dudas jurídicas sobre conmutación a galeras de los reos que tuvieron pena de azotes y los sentenciados a bombas.

AHN, Consejos, leg. 3010: Floridablanca a Campomanes en 28 de febrero de 1785: «... sobre los reos ya sentenciados en qué terminos aplicar algunos por conmutacion a las galeras... quiere S.M. exprese el Consejo si los sentenciados a presidio que han sufrido la pena de azotes podran ser conmutados a galeras como tambien los condenados en calidad de gastadores o destinados al trabajo de bombas en arsenales siempre que estos se hallen todavia en las carceles o cajas».

Respuesta en 13 de mayo de 1785: Campomanes a Floridablanca:

«... a tales reos aunque se les modere el tiempo de la condena siempre se les aumenta la pena con el trabajo que sufriran al remo y grillete, ostigados a impulsos del comitre que castiga casi incesantemente la chusma de los remeros o condenados a este trabajo y en caso que pudiera commutarseles la pena con alguna revaja de tiempo seria en el de consentirlo los rematados... la pena de azotes es como de sangre afflictiva y afrentosa segun derecho y deve conceptuarse por mucha parte de compensacion o castigo en los delitos graves y no seria justo que despues de haverla sufrido muchos reos, se les conmutase el presidio o destierro con galeras, aunque se les revajase la mitad del tiempo a menos que voluntariamente lo consientan los mismos reos... el modo de ocupar las galeras podrá ser el de aplicar a ellos los reos que hallandose en las carceles o cajas para salir a sus destinos siendo de la clase que se indica en la Real Orden consientan voluntariamente en la conmutacion de pena, revajado algun tiempo o que se le vaian aplicando los reos de delitos graves y cuias causas esten por verse conforme a la qualidad o reiteracion de crímenes...».

Apéndice documental n.º 7: procedimiento para llevar a efecto la leva de vagabundos de 1751.

PORTUGUÉS, J. A.: *Colección...* tomo 4, *op. cit.*, p. 415: «Real Resolución de 25 de julio de 1751, para que las Justicias persigan, y

recojan los Bagamundos, y mal entretenidos y se apliquen a la Tropa y Reales Arsenales». «Art. 1: se han de perseguir, y aprehender a todos los que fuesen Bagamundos, o mal entretenidos, desde la edad de 12 años en adelante... cada Justicia en su territorio puede destinarlos desde luego a que sirvan 4 años en las Tropas a los que tengan la edad, robustez, y estatura que previenen las Ordenanzas, y sin defecto personal; y a los muchachos, y a los que no tengan la estatura correspondiente para las Armas, se destinaran a trabajar en los Arsenales, segun la calidad y circunstancias...escusar, quanto sea posible, reducirlos a las Carceles, donde suelen inhabilitarse, si ocurre alguna dilación, como ha manifestado la experiencia... Igualmente previene, y manda S.M. que las Causas donde no hubiere delitos graves, puedan cortarse, condenando a los Reos al servicio de las Armas, o a los Arsenales, segun queda prevenido en el art. 1.º». Ofrece las ventajas que para el pueblo se derivan de este sistema: «... de la omisión se ha seguido la precisión de hacer en muchas ocasiones Levas, y Quintas, con gran desconsuelo de los Pueblos y sentimiento de S.M. que por ese medio solicita precaverlo; pues continuando el abuso, y desorden, sería preciso repertirlo en adelante... establece la quietud de los Pueblos, y seguridad de los caminos, libertando a los vecinos de gastos, perjuicios, e inconvenientes, que indispensablemente trahe una Leva o Quinta, que pudiera haberse evitado en las ocasiones que se han hecho...».

Apéndice documental n.º 8: 1751, corrigiendo las arbitrariedades de los encargados de la recolección de vagabundos.

PORTUGUÉS, J. A.: *Colección...* tomo 4, *op. cit.*, p. 426: «Real Orden de 25 de septiembre de 1751, Sobre castigo a las Justicias que apliquen a la Tropa, o Arsenales, a quien no lo merezca». «El Rey ha entendido, que por algunas Justicias del Reyno se comete el gravisimo delito de aplicar injustamente a la tropa, o a los Arsenales, a los pasajeros, y caminantes, que transitan por sus respectivas Jurisdicciones, sin mas justificación, que la de ser pasajeros, y forasteros, por parecerles, que de este modo cumplen con la Ordenanza de 25 de Julio sobre aprehensión de Vagamundos, y mal entretenidos, y tal vez dexan tolerados muchos vecinos de los mismos pueblos, que debian ser comprendidos en la misma Instrucción: y siendo esto enteramente opuesto a la mente de S.M... y no solo ha de bolver Ve (el Intendente) a las Justicias el hombre injustamente aplicado, siendo de su cuenta los gastos, sino que a los Alcaldes, o Regidores, que incurrieren en este grave delito, ha de procurar Ve inmediatamente su prisión, substanciarles brevemente la

Causa, y dar cuenta a S.M. por mi mano, para que se les imponga la pena correspondiente, como se executara tambien con las justicias, que sentencien por pasión, y fines particulares, sin justa causa...».

Apéndice documental n.º 9: 1781, musulmanes que fingieron convertirse al cristianismo y que acreditada la falsedad acaban en los arsenales como esclavos.

AGS, SG, GM, leg. 4958: 26 de enero de 1781: «7 moros que llegaron de Melilla con el pretexto de hacerse cristianos ha sido preciso dividirlos en los Cuarteles, por haberse aprendido infraganti a algunos de ellos cometiendo el pecado Nefando. Así halla indispensable providencia de que estos y otros semejantes infieles se conduzcan a los Arsenales, donde si se provere que permanecen en su vocacion se les catequice y administre bautismo, o en su defecto sirvan como esclavos y ganen su sustento... en inteligencia de que tanto los moros como la mora que vino con ellos estan clamando contra la providencia de haberlos puesto en mayor reclusion, confesando los mas de ellos que jamas han pensado en mudar de religion... el conde Floridablanca es del parecer de que estos moros lo que en realidad desean es vivir olgazes a costa de la R. Hacienda o de evitar el castigo que temen por sus excesos: se les conduzca a Cartagena o Cadiz, en donde se les destine a los trabajos proporcionados a sus circunstancias». Resolución: como dice Floridablanca. 16 de febrero de 1780: «un moro que se quiere hacer cristiano, de oficio sangrador...». Resolución: que se le embie al arzobispo de Granada para que lo examine en la Alhambra...». 30 de septiembre de 1781: «... hizo fuga el moro de la fortaleza de la alhambra sin haber recibido el bautismo, y dejando deudas que contrajo con su genial astucia y malicia, se ha mandado practicar diligencias, y que si fuese aprehendido hara se le conduzca a los Arsenales de Cartagena conforme a R. Disposiciones para semejantes dolosos delincuentes...».

Apéndice documental n.º 10: 1806, extinción del cumplimiento de condena en el arsenal del Ferrol.

AHN, Consejos, leg. 3010: «Expediente por Real Orden sobre que los tribunales y justicias suspendan desde luego el envio de presidiarios y vagos al Arsenal del ferrol». 4 de marzo de 1806: Carta al Gobernador del Consejo emitida por don Jose Caballero: El Sr. Generalissimo Principe de la Paz (Godoy) me dice lo siguiente: entre otros arreglos que a propuesta mia se ha servido el rey mandar en 8 de este mes que se veri-

fiquen en el arsenal del ferrol es el mas principal que quede reducido a 400 el numero de sentenciados a aquel presidio, extrayendose los excedentes para darles otro destino así como la multitud de vagos inútiles para el servicio de marina que han ido remitiendo los tribunales y justicias del reyno a aquella capital de departamento donde son de sumo gravamen a la Real Hacienda. Quando el capitan General D. Felix de Texada me avise a punto fijo los que hay de una y otra clase, lo diré a Ve para que por el ministerio de su cargo se mande lo que deba practicarse con esta gente; y entretanto anticipo a Ve esta noticia para que se sirva ordenar a los tribunales y justicias suspendan el envio de presidiarios y vagos al Ferrol». Al margen: «cumplase». Vienen cartas de Cáceres, Zamora, Valencia, Zaragoza, Barcelona, La Coruña y Palma de Mallorca dando acuse de recibo de la orden del Gobernador del Consejo para no sentenciar al Ferrol.

Apéndice documental n.º 11: 1816, extinción de la pena de arsenales de Marina.

AHN, Consejos, leg. 3211: 26 de abril de 1816: «Expediente formado por Real Orden por la que en consideracion a el atraso que sufre la Marina en general en el percibo de sus sueldos, se sirve S.M. mandar que no se destinen ni recivan en sus reales arsenales nuevos presidiarios». Impreso en 26 de abril de 1816: «El Excmo. Sr. D. Pedro Cevallos, primer Secretario de Estado y del Despacho e interino del de Gracia y Justicia, comunicó al Consejo con fecha 6 del corriente por medio del Ilmo Sr. Decano la siguiente Real Orden: El Ilmo. Sr. Secretario del despacho de Marina me dice en 29 de marzo lo que sigue: en consideracion a el atraso que sufre la Marina en general en el percibo de sus sueldos, tan notorio que asciende a 60 y 62 meses el descubierto en esta época, dejando aparte los grandes adeudos que se les hace por créditos anteriores; y deseoso el Rey Nuestro Señor del alivio de tantos beneméritos vasallos que gimen en la miseria, se dignó oír a su Supremo Consejo de Almirantazgo acerca de los medios que podrian adoptarse, para que minorando los gastos creciesen los fondos que se librasen por consignacion para atender con ellos precisamente a la subsistencia personal de los Oficiales y demas individuos de todos los ramos de su Real Armada; y entre otras cosas ha expuesto a S.M. dicho Consejo Supremo ser conveniente que en lo sucesivo no se destinen ni reciban en sus Reales Arsenales nuevos presidiarios, con cuyo dictámen se ha conformado S.M. mandando que asi se verifique...». Firma Bartolomé Muñoz.

Apéndice documental n.º 12: 1783, ordenando que se empleen los presidiarios a laborar en el puerto de Mallorca y no en trabajos a particulares.

AGS, SG GM, leg. 4967: Palma de Mallorca, 1 de octubre de 1783: Calceran de Villalba al conde de Gausa: «A consecuencia de la Real Orden que con fecha 31 diciembre de 1782 se sirvió Ve comunicarme para que los destinados a presidio y arsenales se mantengan en sus respectivos trabajos por el tiempo de sus condenas sin que por motivo alguno se impida la ejecución de las sentencias dadas por los correspondientes tribunales: he procurado examinar las ocupaciones de los que por otra Real Orden de 19 de noviembre de 1771 dirigida por el Sr. D. Julian de Arriaga (secretario de despacho de Marina) a mi antecesor el Sr. Marques de Alos, se aplican por esta Real Audiencia a la reparacion y limpia del Puerto y muelle de esta capital en lugar de ser embiados a los presidios o arsenales; y encuentro que en notoria contravencion a estas Reales Disposiciones se ha tratado con el mayor descuido este importante asunto; de manera que siendo el objeto de la citada Real Orden de 19 de noviembre de 1771 conservar limpios los puertos de esta ciudad y el de Pi y bien entretenido el muelle para cuios fines se concedio esta comutacion de castigo al colegio de la Mercaderia se han empleado en aplear los granos de los diezmos reales y en otros servicios particulares y persuadido de que estos ejercicios no son conformes a la pena que merecen ni a la voluntad del Soberano, he resuelto se ocupen incesantemente en los reparos y limpias del muelle y puertos y que quando no se necesiten para este destino se les dedique a las obras publicas, conduciendolos a ellas con la escolta necesaria para evitar su ociosidad y desercion a cuios intento pienso se les ponga el grillete que llevan semejantes delinquentes. Lo participo a Ve para que se sirva dispensarme su aprovacion...». Resolución: «Aprovado por aora».

Apéndice documental n.º 13: 1767, normativa presidial de la fábrica de salitre de Sevilla.

AHN, Consejos, leg. 3008: Instrucción 27 de mayo de 1767: «1.º Respecto no ser suficiente numero de presidiarios que ay actualmente para los trabajos de estas fabricas, quiere el Rey se aumente hasta 200 compuestos de artesanos de todas clases. 2.º Todos estos 200 se han de elegir por el administrador que és o fuere de las fabricas en las Carceles de Sevilla antes de salir de ellas para embarcarlos con destino a Ceuta a cuyo fin hará el Yntendente que con tiempo se le dé la corres-

pondiente noticia. 3.º Se sacarán para las fabricas solo aquellos sujetos que tengan delitos lebes escogiendo el administrador entre estos los que sean a proposito para los trabajos. 4.º Quando remita el Yntendente algun presidiario a la fabrica para que cumpla su condena en los trabajos, ha de embiar al administrador testimonio del delito y tiempo de su destierro para que haga los asientos y le formalize como se previene al folio 87 de la ordenanza del año 1746. 5.º Siendo del cargo del administrador tener ocupados a estos presidiarios en los trabajos de dentro y fuera de la fabrica, han de estar en todo lo correspondiente a las faenas a su orden, asi como lo estan en Ceuta a la del Yngeniero en Gefe segun se advierte al folio 61 de la citada ordenanza. 6.º En principio de cada mes se ha de pasar revista a esta gente y el comisario ordenador o de guerra a quien se le encargue dará aviso al administrador del dia y hora en que se haya de executar, para que se haga juntar a todos los presidiarios y esten promptos. 7.º Por la tesoreria de guerra provehedores asentistas y demas a quien corresponda se asistirá a los 200 presidiarios con el Prest, bestuario, masita, pan, aceyte, leña y demas utensilios que gozan los del presidio de Ceuta diaria y mensualmente como se previene al folio 61, 86 y otros de la ordenanza de 1746, en virtud de recibos del administrador y con arreglo a la revista que se hará en principio de cada mes. 8.º Respecto haver hospital dentro de la fabrica con el fin de acudir accidentes repentinos e impedir desercion experimentada en los hospitales de la ciudad, se abonarán al adminisitrador por la tesoreria de guerra tres reales y medio por cada estancia de enfermeria conforme a la Real Orden de 12 diciembre 1766 comunicada por el Sr. D. Juan Gregorio Muniain al Yntendente de Sevilla. 9.º Para el resguardo, y custodia de estos presidiarios se pondrá siempre el numero de tropa de fusileros competente a fin de evitar su fuga. 10.º Quiere S.M. que el Yntendente haga cumplir en la parte que le toca esta Ynstruccion que el administrdor que és o fuere de las fabricas de salitre execute lo mismo en lo que le corresponde, procediendo de acuerdo con el Yntendente. Aranjuez, 27 de mayo de 1767». Firma don Miguel de Muzquiz (Secretario de Guerra).

Apéndice documental n.º 14: 1781, miseria de la Caja de rematados de Málaga y posible epidemia a la población.

AGS, SG, GM, leg. 4958: el conde de Xerena (capitán general de la costa de Granada) a don Ramon de Monsalve (veedor de presidios de Málaga), 31 de enero de 1781: «... quanto Vm me expuso para que se trasladen a Cartaxena y Oran, los destinados a aquellas Plazas y los reparos para la conducion por tierra de los que an de hir a Cadiz y

Arzales... es bueno se trasladen con la mayor diligencia... para evitar la inquietud que mira el Pueblo por el justo terror con que concibe las voces de que puede acarrear un general contagio la prolongada detencion de los Desterrados en esta Caja de que van resultando las graves enfermedades y muertes que se experimentan dimanadas de la desnudez, ambres y miserias à que viven con la estrechez y larga duracion de su dilatado encierro, y no alcanzarles aun para Pan el diario socorro de diez quartos y medio que se les subministra (no sin sospecha maliciosa del vulgo, de que parte de esto se les desfalca)... dicta la prudencia, la equidad y aun la justicia veamos pronto remedio aunque para ello, sea preciso extender nuestras facultades con la fundada presunta, de que el Rey se agradara... debo suponer que en la enfermeria de la carzel tendran los Desterrados buena asistencia y que como les esta encargado y es de su obligacion en ambos fueros cuidaran de ella, el ospital Militar del Comvento de S. Juan de Dios, Comisario de Guerra, Contralor, Medicos... pero por si tubiere fundamento la sospecha de las gentes sobre que los presidiarios enfermos carezen de los auxilios sera mui propio de la authoridad de Vm el vixilar no se les prive de los socorros temporales y espirituales a que son acreedores de justicia y de caridad... para la saca de esta gente y no infundir escandalo es menester el maior cuidado y que sea solo de los que esten sanos, para que no se me den las quexas del Governador de Ceuta y Alhucemas, no dudando vengan otras de Melilla y Peñon, si no hubiera buelto a este Puerto el Patron Chaves con un muerto de los que se encaminavan...».

Apéndice documental n.º 15: 1781, remedios para evitar contagios de la caja de rematados de Málaga.

AGS, SG, GM, leg. 4958: D. Ramon de Monsalve al conde de Xerena, 1 de febrero de 1781: «... que los enfermos, colocados en la Enfermeria, y Sala adyacente se separen a maior distancia que hasta aqui pues se allan tan estrechas las Camas que el aliento de un enfermo, llega a el otro en toda su fuerza, y apenas puede el Confesor oir a alguno sin que el inmediato no lo entienda. Que ningun enfermo se ponga en cama que haia servido a otro sin que antes no se haia purificado. Que a todo enfermo a el tiempo de encamarse, se le provea camisa limpia, quitandole la que tenga llena de lazeria, que basta para averle ocasionado su enfermedad... no obstante que los religiosos alegan no ser de su obligacion ministrar tales Camisas, que deven ser el primer medicamento del enfermo y se an proveido en otro tiempo... que se lleve a devido efecto una sala de combalecencia, distante de la

enfermeria, para evitar el roze de los curados con los enfermos, provista de todo lo necesario, los que haian salido de curativa, se vigorizen y fortalezcan porque de otro modo vaxando a los Patios y Calabozos recaen y peligran... que todos los dias se haga requisa de quantos esten presos, para que si alguno se reconoce con señales de enfermo se le obligue a subir a la enfermeria, y deponer el terror panico, de que se hallan poseidos, queriendo morirse en los calabozos y ocultar sus males, antes que subir al sitio, de donde ven salir tantos cadaveres. Que se duplique la limpieza de Quadras, y vasos comunes que no puede ser esta como se requiere en las actuales circunstancias, estando sujeta a un solo hombre asalariado, que tienen los Religiosos, y asi se toca ediondez... que si hubierse algunos tan destituidos por su desnudez de algun abrigo se les provea de quenta de la Real Hazienda... este auxilio se ministre quando se allen ya en disposizion de embarcarlos o extraerlos para sus destinos, porque si se executase antes, podrian vender y malvaratar las prendas... si los Religiosos se excusasen a dar las Camisas yo las hare proveer y si prestasen la misma Repugnancia, por el aumento y purificacion de Camas concurrir tambien a la reintegracion y pago, de lo que por este particular devan haver, que no este comprehendido en su Contrata. Para la desnudez me valdre de cien vestidos completos que se hicieron venir para los desterrados del Camino y ya no se necesitan. He dispuesto que a cada Desterrado se provea una racion de Pan de municion, y ocho quartos, en lugar de los diez y medio que hasta aqui, an devengado, para que teniendo Pan fixo, que es lo mas caro, logren mexor subsistencia, con los ocho quartos, si acaso se les promuebe a arrancharse como se executa en Oran y Ceuta...».

Apéndice documental n.º 16: Pensamiento ilustrado sobre las penas y los presidios.

FORONDA, V.: *Cartas sobre los asuntos mas exquisitos de la economia politica y sobre las leyes criminales*, Facsímil de 1994. Carta en Vergara en 16 de septiembre de 1788, pp. 219-234: «... el fin de las penas no es el de atormentar á un ser sensible sino el de impedir al culpado que haga mal en adelante á la sociedad, y el de desviar á sus conciudadanos de cometer iguales crímenes, por el terror que infunda en sus pechos el castigo... jamas castigue Vmd. sino con la mira de alguna utilidad: el hacer sufrir un mal á cualquiera solo por vengarse de él es una pura crueldad, condenada por la razon... en lugar de que las leyes sean severas, cuide Vmd. de que sean vigilantes; pues el mejor freno del crimen no es tanto la severidad de la pena, quanto la

certidumbre de que sera castigado...» Sobre el problema penitenciario escribe en carta fechada en Pamplona en 30 septiembre de 1821: «... abandone el uso de enviar á los presidios, bombas, minas, estos son escuelas de los crimenes, de donde salen mucho peores de lo que entraron. Si el contacto con los pestiferados, si el aliento de los enfermos es mortal en lo físico ¿que será en lo moral? Meta Vm. á las abadesas de los capuchinos y descalzas de Madrid entre los presidiarios por 10 años, y se puede apostar ciento contra uno a que perderan su virtud excelsa... añada su coste, numero de soldados para su resguardo, sus borracheras... sus costumbres que se ferocizan... y cerrará al punto los presidios, las bombas, las minas para los delincuentes... si quiere una prision que reuna comodidad, economia y seguridad examine el Panoptico de Bentham...» .

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- AGS: Archivo General de Simancas (Valladolid):
AGS, SG, GM, leg.: Archivo General de Simancas, Secretaría de Guerra, Guerra Moderna, legajo.
AHN: Archivo Histórico Nacional (Madrid):
AHN, SAAC: Archivo Histórico Nacional, Sala de Alcaldes de Casa y Corte.
AHN, FC: Archivo Histórico Nacional, Minas de Almadén.
AGM: Archivo General Militar (situado en Segovia, en el Alcázar).
BAE: Biblioteca de Autores Españoles.
Apénd. doc. n.º: apéndice documental número.
Cfr.: confróntese.
Op. cit.: Libro u obra citada con anterioridad a las notas al pie.
Pássim: texto desperdigado a lo largo de la obra mencionada.
S/L: libro o impreso sin lugar de impresión.
S/F: libro o impreso sin fecha de impresión.
S/P: libro o impreso sin contener numeración de páginas (sin paginar).
Vid.: véase.

La responsabilidad penal de la persona jurídica y el Derecho Comunitario: un caso de tensión constitucional (a propósito de los artículos 2.º y 4.º del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur)

JOSÉ DANIEL CESANO (1)

SUMARIO: I. Propósito y método.–II. ¿Existen, entre los instrumentos legales del Mercosur, disposiciones que permitan aplicar sanciones penales a la persona jurídica?–III. Las normas constitucionales de los Estados partes y la posibilidad de tensión: los casos de Brasil y Argentina.–IV. A modo de conclusión.

I. PROPÓSITO Y MÉTODO

Una de las dificultades que se presentan al momento de intentar elaborar cualquier política criminal que se pretenda multinacional, deriva de las distintas configuraciones dogmáticas propias de los sistemas normativos de cada uno de los Estados que conforman la región cuya integración se pretende. En este sentido, lleva razón Terradillos

(1) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor de Postgrado en la carrera de especialización en Derecho Penal (Universidad Nacional de Córdoba [República Argentina]). Profesor invitado (de grado) de la Cátedra de Derecho Penal I en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor regular de la Cátedra de Derecho Penal I-Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta (Sede regional Neuquén). Cofundador y codirector de la Revista *Ley, Razón y Justicia*. Mención de honor de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en el marco del premio al «Joven Jurista», edición 1997. Dirección electrónica: cesano@ciudad.com.ar

Basoco cuando, en un muy reciente trabajo, expresara que: «En el plano puramente dogmático, directamente condicionado por la realidad normativa, el primer obstáculo a superar en la elaboración de propuestas supranacionales es el de la heterogeneidad. No sólo por la diversidad de sistemas jurídicos, sino porque la distancia que separa, en lo económico, lo político o lo cultural, a los distintos países, hace difícilmente compartibles valoraciones y métodos» (2).

Si lo dicho anteriormente es una afirmación válida respecto a la política criminal *en general*, mayor lo será para el caso de que estos mecanismos de integración se refieran, concretamente, a una de las formas de criminalidad más típicas que se evidencian en el actual proceso globalizador: la denominada delincuencia económica–empresarial organizada. Ello es así, por cuanto las figuras delictivas que nutren esta forma de criminalidad se han venido caracterizando, en estos últimos tiempos, por captar comportamientos alejados del paradigma de los clásicos delitos convencionales que vienen legislando, en forma tradicional, los códigos penales (v.gr. delitos contra la vida o el patrimonio; o, incluso, tratándose de bienes jurídicos colectivos, la salud pública) y que, por ende, carecen de una regulación legal suficientemente asentada, encontrándose, en buena medida, pendientes de elaboración teórica (3).

Precisamente a partir de la constatación de este último aspecto –y como producto directo de ello–, algunos autores han comenzado a pensar en la necesidad de construir, en relación a estos ámbitos de criminalidad una suerte de nueva dogmática; una «dogmática de la globalización», que vendría caracterizada por cierto abandono de los principios rectores y garantías del «viejo y buen derecho penal liberal» (*gutes, altes liberales strafrecht*). Silva Sánchez ha descrito muy bien esta situación: «La delincuencia de la globalización es delincuencia económica, a la vez que se tiende a asignar menos garantías por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada legislación “excepcional”, a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligroso que contiene» (4); y, a título

(2) Cfr. Juan TERRADILLOS BASOCO, *Sistema penal y criminalidad internacional*, p. 5. Apartado del autor del «Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam» (ofrecido por sus discípulos: Luis A. Arroyo Zapatero, Ignacio Verdugo Gómez de la Torre, Juan M. Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Nicolás García Rivas, Juan Ramón Serrano-Piedecabras y Juan Carlos Ferré Olivé [Coordinador: Adán Nieto Martín]), vol. I, Coedición de la Universidad de Castilla-La Mancha y de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

(3) Cfr. TERRADILLOS BASOCO, *Sistema penal y criminalidad (...)*, op. cit., p. 6.

(4) Cfr. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 86.

ejemplificativo, menciona como uno de los síntomas de esta tendencia a la «clara acogida en el Derecho Penal de la globalización de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», aspecto que «aclara—no deja de ser discutido desde perspectivas de culpabilidad» (5).

Las consideraciones precedentes, las hemos creído oportunas por cuanto, precisamente, el propósito de nuestra exposición se circunscribe a tratar de resolver el siguiente interrogante: ¿es constitucionalmente admisible —para el sistema normativo argentino— que, a través de los instrumentos legales de integración que se elaboran en el Mercado Común del Sur, se establezcan formas de responsabilidad penal para la persona jurídica?

Por cierto, que tal pregunta, no constituye una reflexión exclusiva de nuestro medio sino que, por el contrario, es una cuestión presente en el ámbito del Derecho Comunitario europeo. De allí, nuestras expectativas de que esta contribución pueda tener algún interés que trascienda lo meramente informativo respecto de nuestra realidad latinoamericana y pueda alcanzar cierto valor iuscomparativo.

En efecto, es por todos conocido que, ante la necesidad de una respuesta uniforme en el seno de la unión europea, a los casos de fraude comunitario se ha propuesto una unificación del Derecho Penal y Procesal penal en materia de protección de aquellos intereses financieros a través del *corpus juris* elaborado, por encargo del Parlamento, por un grupo de expertos de los distintos países de la comunidad, que representa, en palabras de Jaén Vallejo, «un primer paso hacia la consecución de la armonización del Derecho de la Unión Europea en aquella materia, sobre la base de un espacio judicial común» (6). Precisamente, en el artículo 14 del cuerpo normativo comunitario se ha establecido la responsabilidad penal directa de la persona jurídica (7); sin que por ello dejen de generarse serias dudas, no —quizá— en orden a su conveniencia político-criminal, sino por la tensión que provoca con garantías políticas superiores de algunos de los estados miembros. Al respecto, uno de los redactores de ese cuerpo, Enrique Bacigalupo, no ha dejado de señalar que tal decisión (la responsabilidad penal directa de la persona jurídica) «puede ofrecer mayores reparos en

(5) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión (...)*, op. cit., pág. 87.

(6) Cfr. Manuel JAÉN VALLEJO, «El espacio judicial común europeo y la unificación del Derecho Penal y Procesal penal en Europa: el corpus juris europeo», en *Principios constitucionales y Derecho Penal moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1999, p. 145.

(7) Al respecto, cfr. JAÉN VALLEJO, *El espacio judicial (...)*, op. cit., pp. 148 y ss. También, Silvina Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 346 y ss.

ciertos (...) [Estados de la Unión Europea] en los que el principio de culpabilidad tiene reconocido un rango constitucional» (8).

Planteado nuestro objetivo, y justificado, plenamente –creemos–, la necesidad de tal análisis a partir de la experiencia que ofrece el caso europeo, seguidamente puntualizaremos los distintos momentos que componen la presente exposición:

- Comenzaremos por identificar, dentro de los instrumentos legales que integran el marco jurídico del Mercosur, la presencia de disposiciones que hagan posible la responsabilidad penal de la persona jurídica.

- A partir de dichas normas intentaremos demostrar la heterogeneidad de los modelos legislativos (sobre este aspecto) de los Estados que integran el mercado común regional. Con esa finalidad confrontaremos –apelando al estudio comparativo– los casos de la legislación brasileña y argentina.

- Por fin trataremos de demostrar que la aprobación, por parte de nuestro país, de aquellas normas comunitarias conculcaría principios constitucionales; actitud que, en todo caso, no respetaría el sistema de prelación normativa que se deriva del esquema de supremacía diseñado por la Constitución Argentina.

II. ¿EXISTEN, ENTRE LOS INSTRUMENTOS LEGALES DEL MERCOSUR, DISPOSICIONES QUE PERMITAN APLICAR SANCIONES PENALES A LA PERSONA JURÍDICA?

Dentro del ámbito regulatorio de la competencia en el Mercosur encontramos normas tuitivas de carácter penal.

Previo a describir tales normas analizaremos, brevemente, el proceso de formación de las mismas:

- Según el artículo 1.º del Protocolo de Ouro Preto, la estructura institucional del Mercosur contará con los siguientes órganos: Consejo del Mercado Común, Grupo Mercado Común, Comisión de Comercio del Mercosur, Comisión Parlamentaria Conjunta, Foro Consultivo Económico-Social y Secretaría Administrativa del Mercosur.

(8) Cfr. Enrique BACIGALUPO, «El corpus juris y la tradición de la cultura jurídico-penal de los Estados miembros de la Unión Europea», en Bacigalupo (Director), *Derecho penal económico*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2000, p. 527.

- A su vez, en el seno de la Comisión de Comercio del Mercosur, «fueron creados cuatro comités técnicos encargados de identificar los problemas y, a partir de ese diagnóstico, proyectar las alternativas que la Comisión eleve mediante propuestas al Grupo Mercado Común (órgano ejecutivo del Mercosur) para que éste dicte las correspondientes Resoluciones, obligatorias para los Estados partes» (9).

- Con relación al marco regulatorio de la competencia funcionaron cuatro comités técnicos; a saber: el n.º 4, sobre «políticas públicas que distorsionan la competitividad»; el n.º 5, de «Defensa de la competencia»; el n.º 6, sobre «Prácticas desleales y salvaguardias», y el Comité técnico n.º 7 de «Defensa del Consumidor» (10).

- En el ámbito del Comité Técnico n.º 5 se analizaron las discordancias legislativas de los derechos nacionales en esta materia, concordándose en que las pautas generales de armonización debían ser implementadas como Protocolo (11). Con fecha 16 de diciembre de 1996, en la ciudad de Fortaleza (Brasil), los representantes de los Estados que integran el mercado regional suscribieron el «Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur»; documento que, en sus 37 artículos, diseña la regulación de estos aspectos (12).

Precisamente, en este texto es en donde encontramos algunas normas que permitirían construir posibles formas de responsabilidad penal en relación con la persona jurídica. En efecto:

- Por una parte, el artículo 2.º dispone que: «Las reglas de este Protocolo *se aplican* a los actos *practicados por personas físicas o jurídicas de derecho público o privado u otras entidades* que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del Mercosur y que afecten al comercio entre los Estados partes» (el énfasis nos corresponde).

- Por otra parte, y acercando más la posibilidad de esta construcción, el artículo 4.º preceptúa que: «Constituyen infracción a las normas del presente Protocolo, *independientemente de culpa*, los actos,

(9) Cfr. Rodolfo SCHURMANN PACHECO-Jorge PEREIRA SCHURMANN, «La protección jurídico-penal de la competencia en el Mercosur», en: David Baigún-Joaquín Pedro Da Rocha [Coordinadores], *Delitos económicos en la esfera del Mercosur*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 135.

(10) Cfr. SCHURMANN PACHECO-PEREIRA SCHURMANN, «La protección (...)», *op. cit.*, p. 136.

(11) Cfr. SCHURMANN PACHECO-PEREIRA SCHURMANN, «La protección (...)», *op. cit.*, p. 137.

(12) Dicho Protocolo –a la fecha de la redacción del presente trabajo– no se encuentra incorporado al Derecho interno argentino, al no haberse sancionado la Ley del Congreso que requiere el artículo 75, inciso 24, de la Constitución Nacional.

individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados partes» (el énfasis nos pertenece).

- Los textos que acabamos de transcribir, al decir de Norberto Spolansky, «no constituye[n] una propuesta para que cada Estado armonice su legislación interna, sino la formulación de (...) norma[s] de carácter comunitario, carácter que se proyecta en relación al procedimiento de aplicación en el cual se prevé la creación del Comité de Defensa de la Competencia, órgano de naturaleza intergubernamental (art. 8.º)» (13).

III. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES DE LOS ESTADOS PARTES Y LA POSIBILIDAD DE TENSIÓN: LOS CASOS DE BRASIL Y ARGENTINA

1. Introducción

La posibilidad de construir una responsabilidad penal del ente ideal que surge, para las hipótesis delictuales en el ámbito de la competencia, de las normas del Protocolo no produce, empero, entre los distintos Estados partes, idénticos efectos. Habrá algún caso en donde tal responsabilidad no ofrezca ningún reparo constitucional; otros, en cambio, sí presentan muy serias dificultades. Ejemplificaremos estas situaciones con el caso de la República Federativa del Brasil y la Argentina.

2. La responsabilidad penal de la persona jurídica en el sistema jurídico brasileño

Expresa Joao Marcello de Araújo que Brasil fue pionero en América Latina cuando la Constitución de 1988 «otorgó autorización al legislador ordinario para la institución de (...) [esta] forma de responsabilidad» (14).

(13) Cfr. Norberto Eduardo SPOLANSKY, «Integración regional y delitos económicos», en AA.VV., *Teorías actuales en el derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1998, pp. 463-464.

(14) Cfr. Joao MARCELLO DE ARAÚJO JUNIOR, «Integración regional y delitos económicos. Societas delinquere potest. Estado actual», en *Teorías actuales (...)*, *op. cit.*, p. 535.

En efecto, en relación a nuestro tema, la Constitución de la República Federativa del Brasil (15) contiene dos disposiciones en donde, en forma directa, se refiere a la responsabilidad penal de los entes ideales.

La primera de ellas se ubica en el título VII, capítulo 1, destinado a reglar los principios generales de la actividad económica. Allí, luego de preceptuar en el inciso 4.º del artículo 173 que «La ley reprimirá el abuso de poder económico que tienda a la dominación de los mercados, a la eliminación de la concurrencia y al aumento arbitrario de los beneficios», en el inciso siguiente especifica: «La Ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los directivos de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de ésta, sujetándola a las sanciones compatibles con su naturaleza, en los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la economía popular».

Y, por su parte, cuando en el título VIII, capítulo VI, prevé normas tuitivas del medio ambiente, en su artículo 225, inciso 3.º, establece: «Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetan a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado».

Obviamente, a partir de preceptos tan claros, ningún reparo constitucional, podrá presentarse frente a normas infraconstitucionales que incluyan este tipo de responsabilidad. De hecho, así ha ocurrido en relación con el régimen penal de tutela ambiental establecido por la Ley 9.605 (de 12 de febrero de 1998), cuyo artículo 3.º la consagra (16).

En esa orientación resultaba evidente que normas como las del artículos 2.º y 4.º del Protocolo de Fortaleza tampoco serían objeto de discusión ante la posibilidad de que consagren una tal forma de responsabilidad. De esta manera, ninguna sorpresa puede causarnos que dicho protocolo fuese aprobado (y por ende, incorporado al derecho interno) por el Decreto Legislativo n.º 6/2000, publicado en el Diario Oficial del 16 de febrero de aquel año.

(15) Para su texto, cfr. Roberto Pedro LOPRESTI, «Constituciones del Mercosur», Ediciones Unilat, Bs. As., 1997.

(16) Dice el precepto: «As pessoas jurídicas serao responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto en esta Lei, nos casos em que a infraçao seja cometida por decisao de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade». Para el texto del Código Penal Brasileño, cfr. Código Penal, 5.ª edição actualizada até 31-12-1999, Editora revista dos tribunais, Sao Paulo, 2000.

3. Los artículos 2 y 4 del protocolo y el modelo Constitucional argentino: un caso de tensión

En nuestro país, en cambio, las cosas no parecen tan simples. Veamos:

A) Cuando se modificó la Constitución Nacional en 1994, se diseñó un nuevo orden de prelación normativa. Por de pronto, junto con la Constitución formal, se incorporó, con igual jerarquía (es decir: *jerarquía constitucional*), los Tratados de Derechos Humanos que enumera el artículo 75, inciso 22, 2.^a cláusula, de nuestra Ley Fundamental (por ejemplo: Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; etc.) (17). A su vez, el inciso 24, del mismo artículo, estableció entre las atribuciones del Congreso, la de «Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supranacionales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes».

B) Esta última disposición hace necesario realizar, al menos, dos precisiones:

- En primer lugar, en el caso de Tratados de integración (como ocurre con las normas del Mercosur), la Constitución «los desiguala» respecto de los Tratados de Derechos Humanos que menta el inciso 22, del art. 75, «dándoles un distinto orden en la jerarquía del art. 31» (18).
- En segundo término, el mismo precepto constitucional (es decir: el inciso 24 del art. 75) condiciona la aprobación de la norma comunitaria a que respete, entre otros aspectos (19), los «derechos humanos».

(17) De esta manera se conformó un «bloque de constitucionalidad federal». Esta tendencia (de constitucionalizar el Derecho internacional de los Derechos Humanos), por lo demás, no es algo inédito. Por el contrario, tanto en el constitucionalismo latinoamericano como europeo, encontramos muy buenos ejemplos de esta orientación. Sobre la tendencia en nuestra región, cfr. el exhaustivo estudio de Ariel E. DULITZKY, «Los tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano», en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Estudios especializados de Derechos Humanos*, tomo I, San José de Costa Rica, 1996, pp. 129 y ss.

(18) Sobre este punto, hay acuerdo en nuestra doctrina. cfr., al respecto, Roberto J. DROMI-Miguel A. ЕКМЕКДЖАН-Julio C. RIVERA, *Derecho comunitario. Sistemas de integración. Régimen del Mercosur*, 2.^a edición, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., 1996, p. 43. También, en idéntico sentido, Carlos E. COLAUTTI, «Los tratados internacionales y la Constitución Nacional», Ed. La Ley, Bs. As., 1999, p. 69.

(19) En rigor, de la norma Constitucional (art. 75, inciso 24) se desprende un doble condicionamiento; a saber: 1) condiciones de reciprocidad y 2) respeto del

Esta previsión, no es original sino que, por el contrario, como lo demuestra claramente Pinard, caracteriza a la mayoría de los textos constitucionales de los países que integran el mercado común del Sur; cual es el caso de las Leyes Fundamentales de Brasil y Paraguay (20).

C) Sobre esta base, ya podremos intuir cuáles son las dificultades de carácter constitucional que se pueden presentar frente a normas que hacen posible formas de responsabilidad penal de la persona jurídica. En efecto:

a) Uno de los obstáculos constitucionales más difíciles de superar reside en la indiscutible tensión que provoca esta forma de responsabilidad en relación al principio de culpabilidad. En tal sentido Schünemann ha expresado que «La problemática constitucional de un específico Derecho Penal de la empresa consiste (...) en que, al sancionar a las personas jurídicas, se grava evidentemente a personas inculpables y no partícipes» (21). Y, enseguida agrega: «(...) si de acuerdo con la teoría de la ficción, se aíslan como personas naturales los miembros que están tras la persona jurídica, por ejemplo los accionistas de una sociedad anónima, entonces deviene totalmente evidente que los efectos perjudiciales, que sobrevienen, por ejemplo, con la imposición de una multa en forma de recorte de los dividendos a repartir, afectan a personas no culpables; quienes, por regla general, ni siquiera tuvieron la posibilidad de evitar la infracción cometida, por ejemplo, por los miembros de la dirección de la sociedad anónima. Según el derecho constitucional (...), se cierne entonces (...) un peligro de lesión del principio de culpabilidad (...)» (22).

b) Si se está de acuerdo con el razonamiento anterior, poca duda puede haber en relación a qué, en tanto nuestro sistema positivo reconozca a la culpabilidad como un principio de naturaleza Constitucional, no es factible que normas comunitarias habiliten esa forma de responsabilidad.

orden democrático y de los derechos humanos. Sobre estos condicionamiento, cfr. Eve I. RIMOLDI DE LADMAN, *Los tratados, la integración y el nuevo orden constitucional argentino*, en G. J. BIDART CAMPOS-H. R. SANDLER, *Estudios sobre la reforma Constitucional de 1994*, Ed. Depalma, Bs. As., 1995, p. 292.

(20) Cfr. Gustavo E. PINARD, *Los derechos humanos en las constituciones del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., 1996, pág. 125 y 126.

(21) Cfr. Bernd SCHÜNEMANN, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», en AA.VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 581 y 582.

(22) Cfr. SCHÜNEMANN, «La punibilidad (...)», *op. cit.*, p. 582.

Desde nuestro punto de vista, es claro que, el modelo constitucional argentino al diseñar los límites del *ius puniendi*, ha consagrado a nivel de una de las máximas garantías políticas superiores, la del principio de culpabilidad.

Antes de la reforma Constitucional de 1994, algunos prestigiosos exponentes de la dogmática vernácula, sostenían ya el carácter Constitucional de este principio; aunque, discrepaban, a veces, respecto a la concreta norma constitucional en donde reposaba la garantía. Así, el siempre preclaro pensamiento de Ricardo Núñez, asentaba la garantía en el 2.º párrafo del artículo 19 de la Constitución histórica, al expresar que: «El principio *nulla poena sine culpa* ha adquirido categoría constitucional en virtud de la garantía para la libertad civil que significa la cláusula del artículo 19 de la Constitución Nacional, según la cual “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Tanto la obligación como la prohibición excluyen la responsabilidad objetiva y exigen la responsabilidad fundada subjetivamente» (23). Otros autores, en cambio, remitían al artículo 18, apartado 1.º, como base Constitucional del principio. Tal el caso, por ejemplo de Edgardo Gramajo (24) y Norberto Spolansky (25).

Pero si algunos muy prestigiosos autores consideraban que, estas normas constitucionales, no erigían como garantía a este principio sino que, sólo «representaban nada más que razonables apreciaciones al respecto» (26), de lo que ya no puede haber discusión es de que, a partir de la reforma Constitucional de 1994 y la incorporación, con la máxima jerarquía normativa, de los Tratados de Derecho Humanos enumerados en el artículo 75, inciso 22 de la Ley Fundamental, este principio tiene plurales reconocimientos que hacen imposible pensar hoy siquiera, en su desconocimiento por instancias comunitarias o infraconstitucionales.

(23) Cfr. Ricardo C. NÚÑEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Ed. Lerner, Córdoba, 1999, p. 178. De la misma opinión, Jorge de la Rúa, «La reforma de 1994 y su influencia en las ciencias penales», *Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año académico 1997, pág. 191.

(24) Cfr. Edgardo GRAMAJO, *La acción en la teoría del delito*, Ed. Astrea, Bs. As., 1975, pp. 112 y 113.

(25) Cfr. Norberto SPOLANSKY, *Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el régimen penal cambiario* (El caso del Banco Santander), L.L. 1978-D, p. 232.

(26) Así, Daniel P. CARRERA, «El principio de culpabilidad», *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Nueva Serie, N.º 3, Córdoba, 2000, p. 56.

En este sentido, Daniel Pablo Carrera, vincula al principio con la exigencia del «respeto a la dignidad de las personas», que cuenta con previsión expresa en el artículo 11, inc. 1.º, del Pacto de San José de Costa Rica (27).

Y por nuestra parte, hemos destacado este reconocimiento constitucional a partir del principio de intrascendencia de la pena que afirma el artículo 5.º, apartado 3.º de aquel mismo documento internacional (28).

c) Ahora bien: si la Constitución, sobre todo a partir de la reforma de 1994 y la incorporación de los Tratados que enumera el artículo 75, inciso 22, 2.ª cláusula, erige en garantía constitucional, al principio de culpabilidad y, por otra parte, los Tratados de Integración (cual sería, en nuestro caso, el Protocolo de Fortaleza), tienen (una vez incorporados al derecho interno) jerarquía superior a las leyes pero menor que el denominado bloque de constitucionalidad federal (esto es: Constitución formal y Tratados de Derechos Humanos constitucionalizados) resulta obvio que, la posibilidad de construir una responsabilidad penal respecto de los entes ideales (que emana del Protocolo regional), estaría tensionando, abiertamente, el sistema de prelación normativa que surge del principio de supremacía.

Por otra parte, la aprobación por parte del Congreso de la Nación de este documento internacional de integración en materia penal, tampoco respetaría, uno de los propios condicionamientos que, nuestra Constitución exige, para dicha integración. Nos referimos, concretamente, a que toda norma de integración debe diseñarse con absoluto respeto a los Derechos Humanos; circunstancia que no pareciera satisfacer este aspecto del Protocolo cuando, según se viera, uno de los principios derivados de los Tratados Internacionales tuitivos del sistema de Derechos Humanos es el que garantiza, dentro de la esfera del ejercicio del *ius puniendi*, la plena vigencia del principio de culpabilidad (29).

(27) Cfr. CARRERA, «El principio de culpabilidad», *op. cit.*, pp. 56 y 57.

(28) Cfr. José Daniel CESANO, «Problemas de responsabilidad penal de la empresa», en López Mesa-Cesano, *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Contribuciones a su estudio desde las ópticas mercantil y penal*, Ed. Depalma, Bs. As., 2000, pp. 277-278, en especial, nota n.º 8.

(29) Esta condición, al decir de Rodolfo Carlos Barra, se refiere al sistema de derechos humanos que establece y respeta la Constitución Nacional, «único punto de referencia positivo. En estos aspectos, el Tratado se subordina a la Constitución (...) [; con lo que] la validez de la delegación podría ser cuestionada constitucionalmente». Cfr. *Fuentes del ordenamiento de la integración*, Ed. Ábaco, Bs. As., 1998, p. 220.

D) El razonamiento anterior, no se nos escapa, puede ser susceptible de algunas objeciones. Un elemental deber de lealtad exige que nos ocupemos de ellas. Veamos:

a) Una primera objeción, podría sintetizarse de la siguiente manera: es posible que se sostenga que las sanciones previstas en el Protocolo son normas no penales y pertenecen al derecho administrativo. De hecho, esto es lo que cierta doctrina europea sostiene en orden al artículo 15, párrafo 4.º, del Reglamento N.º 17 del Consejo de la Comunidad Europea, destinado a regular el Cartel. Así, Dannecker, sostiene que: «Si se considera (...) que el derecho de Cartel de la C.E. no prevé penas criminales, sino sanciones equiparables a las infracciones administrativas, como las que también se imponen en Alemania, Italia y Portugal contra las empresas en caso de comportamiento culpable, es enteramente defendible entonces, a la vista de la situación jurídica de los Estados miembros, el reconocimiento de la capacidad de culpabilidad de las agrupaciones por el Derecho Comunitario y por los órganos de la C.E.» (30).

No compartimos, por cierto, esta tesis. En efecto, consideramos que «Un argumento de esta clase pretende modificar las características de un objeto cambiando su nombre y por eso se ha dado en llamar a esta manera de abordar el tema un Derecho Penal de etiquetas. En efecto, los órganos de aplicación pueden disponer orden de cese, y en caso de violación a las normas, multas, prohibición de participar en regímenes de compras públicas y prohibición de contratar por parte de instituciones financieras públicas de cualquiera de los Estados Partes. Curiosamente, se dice de manera nítida, que “las penalidades previstas en este artículo serán ejecutadas por el órgano nacional de aplicación del Estado Parte en cuyo territorio estuviera domiciliada la parte infractora”, con lo cual se advierte que el mismo Protocolo habla de penalidades y no de meras sanciones administrativas» (31).

(30) Cfr. Gerhard DANNECKER, «Sanciones y principios de la parte general del derecho de la competencia en las comunidades europeas», en AA. VV., *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 559.

(31) Cfr. SPOLANSKY, «Integración regional y delitos económicos», *op. cit.*, pág. 468. Por su parte, y respecto a la legislación de la C.E. en materia de Cartel, Schünemann, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», *op. cit.*, pp. 582 y 583, expresa: «(...) naturalmente, con semejante nomenclatura-acrobática, no se puede obviar la problemática constitucional de si estas sanciones se asemejan en cuestiones relevantes a las penas y si por eso están también sujetas a las mismas garantías. Más bien es evidente que la cuestión de si en un Estado de Derecho sólo se puede proceder a su imposición con sometimiento a aquellas cautelas que se han desarrollado en el modelo del Derecho Penal tradicional, no depende

b) La segunda objeción, en cambio, sería más bien pragmática: qué sentido tiene que nos opongamos a que, en el derecho comunitario, se admitan estas formas de responsabilidad si, en nuestro propio derecho penal especial vigente, encontramos ejemplos de ello.

En efecto, dentro de la «jungla del Derecho Penal Económico», como gráficamente lo denomina Shünemann (32), en esta particular materia, nuestro derecho se caracteriza por su «promiscuidad». Es que –y de allí que utilicemos este calificativo– junto a un nutrido núcleo de disposiciones que intentan solucionar la problemática derivada de este tipo de delincuencia, con instrumentos de imputación propios de derecho penal convencional (por ejemplo: las cláusulas del actuar en lugar de otro o la omisión impropia), rechazando, así, la responsabilidad del ente ideal, se observan algunas leyes que, directamente, establecen la imputación penal de la persona jurídica (así: en el ámbito de los delitos aduaneros, el art. 888 de la ley 22.415; o en relación al régimen penal de defensa de la competencia que establece la ley 25.156, su art. 47).

Más allá de que reconocemos esta realidad, no por ello debemos claudicar y sumarnos a este indiscutible retroceso que significa, la consagración de este tipo de responsabilidad, para el Derecho Penal contemporáneo.

En tal sentido, hace algunos años, Julio Cueto Rúa (33) sostuvo que: «(...) en la realidad cotidiana del derecho (...), tanto en la Argentina como en la gran mayoría de países, se encuentran casos reiterados de sanciones aplicadas coercitivamente a las personas jurídicas, privándolas de bienes por haber incurrido en actos ilícitos, a los que se imputa como consecuencia el padecimiento de una sanción: la imposición de una multa, el deco-

de la denominación, sino del contenido y efecto de las sanciones. Para ello no cumplen un papel esencial las explicaciones sobre la presunta diferencia esencial entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador o entre la multa penal y la administrativa; sobre todo porque tampoco han conducido hasta hoy a ninguna diferenciación convincente. Así la diferenciación tradicional entre Derecho Penal y derecho Administrativo sancionador contiene puntos de vista constitucionalmente obsoletos, que postulan, bajo el aspecto de la vinculación jurídica, una diferencia entre Justicia y Administración, y por ello no pueden seguir siendo defendidos en un Estado de Derecho moderno». Igual criterio hemos sostenido nosotros en relación al sistema que rige en el Derecho penal alemán; en donde, si bien se sostiene el principio *societas delinquere non potest*, sí se admite en el artículo 30 del Código Contravenacional Federal, esta forma de responsabilidad. Al respecto, Cfr. «Problemas de responsabilidad penal (...)», *op. cit.*, pp. 282 a 287.

(32) Cfr. SCHÜNEMANN, «La punibilidad (...)», *op. cit.*, p. 566.

(33) Cfr. Julio CUETO RÚA, «La persona jurídica en el derecho penal», *Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, T. XXV, año 1986, pp. 102 y 103.

miso de mercadería, la prohibición temporal de ejecutar ciertos actos o de realizar determinados negocios, o aun, su disolución. Se está, pues, ante una discordancia entre el enunciado de la teoría y la evidencia de la realidad. Se debe elegir entre una y la otra. Elegir la teoría no es aconsejable, porque se elige una teoría incapaz de dar razón de la experiencia. Una mala teoría es la carente de verificación intuitiva. La teoría que niega la responsabilidad penal de las personas jurídicas es mala teoría porque resulta ajena a los datos de la realidad».

No compartimos, por cierto, la afirmación de tan destacado autor. Y no lo hacemos por cuanto, la verificación, en nuestro derecho interno, de normas que consagren estas formas de responsabilidad, jamás puede ser utilizada para convalidar claras hipótesis de tensión entre aquellas estructuras normativas y el sistema de garantías políticas superiores que establece la Constitución. En todo caso, que el legislador, más allá de la manda Constitucional, las haya establecido no hace otra cosa que no sea confirmar, una apresurada e improvisada política criminal en esta materia.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Nadie puede dudar que ha sido Klaus Tiedemann quien, desde hace tiempo, viene bregando por una armonización de ciertos sectores nucleares del derecho penal económico entre los Estados miembros de la Unión Europea (34). Y sin embargo, el autor se ha mostrado cauteloso cuando afirma que: «El Derecho penal (...) sólo puede ser objeto de negociación –desde la perspectiva de determinados aspectos económicos y de la unión entre los pueblos– hasta cierto punto. Sobre todo la Parte Especial del Derecho penal, como es sabido –y haciendo uso de una imagen a la que frecuentemente se recurre–, se presenta como espejo, formulado en negativo, en el que se reflejan los valores y las actitudes valorativas de una sociedad. Ciertamente, estos valores tienen en Europa profundas raíces comunes, y al menos en parte coinciden en sus contenidos, pero se hallan provistos de tan diversas perspectivas y acentos que en una valoración global parece difícil llegar a un acuerdo aún referido al mínimo denominador común» (35).

(34) Lo reconoce SILVA SÁNCHEZ, «La expansión del Derecho Penal (...)», *op. cit.*, p. 75, nota n.º 128.

(35) Cfr. Klaus TIEDEMANN, *La armonización del derecho penal en los estados miembros de la Unión Europea*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Cuadernos de Conferencias y artículos, N.º 17, Bogotá, 1998, p. 8.

Sí esto es así en la vieja Europa, mucho más prudentes debemos ser en relación a una tal posible armonización, por lo menos en el ámbito del derecho penal económico, dentro de los estados que integran el Mercosur.

Es que, a la diversidad legislativa de la que hemos dado cuenta, se añade la dificultad en armonizar intereses económicos; dificultad que produce disfuncionalidades a partir de la divergencia de perspectivas en ciertas problemáticas centrales. Esto último, sin duda, no es casual. Es que, como lo señalara el historiador francés François Chevallier, en la conclusión de su obra «América Latina. De la independencia a nuestros días» (36), los países de la región, «por si fuera necesario mostrarlo, (...) siguen siendo a la vez interdependientes, frágiles y *todavía diferentes*»; diferencias o «asimetrías» que, en el escenario actual, «plantean problemas nuevos de cuya remoción depende la profundidad y la orientación del proceso integracionista» (37).

(36) Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1999. La cita que efectuamos corresponde a la p. 638.

(37) Cfr. Aldo FERRER, *Hechos y ficciones de la globalización. Argentina y el Mercosur en el sistema internacional*, Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 4.^a reimpresión, 2001, p. 72.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

REAL DECRETO 355/2004, REGULADOR DEL REGISTRO CENTRAL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

(«BOE» núm.73, de 25 de marzo de 2004)

La Ley 27/2003, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico un nuevo instrumento de protección frente a las infracciones penales cometidas en el entorno familiar, que se caracteriza, como expresa su exposición de motivos, por unificar los distintos instrumentos de amparo y tutela, de manera que «a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal», y permita a las distintas Administraciones públicas activar los distintos instrumentos de tutela.

El nuevo artículo 544 ter introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 27/2003, de 31 de julio, contempla en su apartado 10 la inscripción de la Orden de Protección en el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, a cuyo fin la disposición adicional primera de la Ley 27/2003, de 31 de julio, establece que «el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos, dictará las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, así como el régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en aquél, asegurando en todo caso su confidencialidad».

La efectividad de las medidas cautelares que se integran en la nueva Orden de Protección resulta facilitada a través de la existencia de un único registro central, en el que conste la referencia de todas aquellas penas y medidas de seguridad acordadas en sentencia, así como las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación frente a un mismo inculcado por este tipo de infracciones, ya hayan sido dictadas para la protección física de la víctima contra agresiones o para regular la situación jurídica familiar o paterno-filial que relaciona a la víctima con el presunto agresor.

Con esta finalidad, este Real Decreto regula la organización y contenido del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, así como los procedimientos de inscripción, cancelación y consulta. En este aspecto, debe tenerse en cuenta que el tratamiento de datos se sistematiza a través de una inicial diferenciación de las medidas de protección, según hayan sido éstas acordadas de forma cautelar en un procedimiento penal en tramitación o en sentencia firme, dado que su régimen jurídico es distinto en uno y otro caso.

Respecto de las primeras, la anotación de una medida cautelar o de una orden de protección requiere el tratamiento de la información del correspondiente procedimiento penal de referencia, ya que de su pendencia deriva, en definitiva, la propia subsistencia de la medida acordada.

Respecto de las segundas, la necesidad de asegurar una exacta correspondencia entre la nueva información que se inscriba en el Registro central de penados y rebeldes y los datos del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica aboga por la solución de unificar el sistema de inscripción y cancelación a través de la remisión telemática de notas de condena desde el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica hacia el Registro central de penados y rebeldes.

En ambos casos, se encomienda al secretario judicial, en su condición de fedatario público de las actuaciones judiciales, la esencial función de comunicar la información que haya de inscribirse en el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, aportando de esta manera la máxima solvencia jurídica y confidencialidad al contenido del registro y garantizando los derechos de los ciudadanos y de las víctimas del delito.

Asimismo se regula en este Real Decreto, mediante una disposición adicional, el sistema de comunicación por los secretarios judiciales de los correspondientes órganos judiciales a las Administraciones públicas competentes en materia de protección social, que prevé el apartado 8 del citado artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley 27/2003, de 31 de julio.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, con la aprobación previa de la Ministra de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 5 de marzo de 2004, dispongo:

Artículo 1. *Objeto.*

Este Real Decreto tiene por objeto crear y regular la organización del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, previsto en la Ley 27/2003, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, y el régimen de anotación, consulta y cancelación de los datos contenidos en aquél.

Artículo 2. *Naturaleza y organización del registro.*

1. El Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica constituye un sistema de información relativo a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencias por delito o falta y medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación, contra alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal.

2. La finalidad exclusiva del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica es facilitar a los órganos judiciales del orden penal, al

Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial y a los órganos judiciales del orden civil que conozcan de los procedimientos de familia la información precisa para la tramitación de causas penales y civiles, así como para la adopción, modificación, ejecución y seguimiento de medidas de protección de dichas víctimas.

3. El Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica abarca todo el territorio nacional y su gestión corresponde a la Secretaría de Estado de Justicia, a través de la Dirección General para la Modernización de la Administración de Justicia.

4. Los derechos de acceso, rectificación y cancelación, así como las medidas de seguridad de los datos contenidos en el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica se regirán por lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y por sus disposiciones complementarias.

Artículo 3. *Encargado del registro y de las medidas de seguridad.*

1. El encargado del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, adscrito a la Dirección General para la Modernización de la Administración de Justicia, será responsable de su control, organización y gestión. Adoptará las medidas necesarias para asegurar la agilidad en la transmisión de la información regulada en el artículo siguiente, así como la integridad, confidencialidad y accesibilidad de los datos contenidos en el Registro central.

2. El encargado del Registro central asumirá las funciones de anotación y verificación de la información telemática remitida, y garantizará, con plena eficacia jurídica, la autenticidad e integridad de los datos.

Artículo 4. *Información contenida en el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.*

1. En el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica se anotarán los datos relativos a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencias por delito o falta y las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación, siempre que hubieran sido adoptadas por los jueces y tribunales de la jurisdicción penal en causas seguidas contra alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal.

2. Las anotaciones en el Registro central relativas a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia declarada firme por alguna de las causas penales referidas en el apartado anterior expresarán los siguientes datos:

a) Órgano judicial que dictó la sentencia, fecha de ésta, tipo de procedimiento y número de identificación general del procedimiento (NIG).

b) Órgano judicial que declara la firmeza de la sentencia, fecha de ésta y número de la causa ejecutoria.

c) Nombre y domicilios del condenado, filiación, fecha de nacimiento y número del documento nacional de identidad, número de identificación de extranjero, tarjeta de residencia o pasaporte.

d) Nombre y domicilios de la víctima, filiación, fecha de nacimiento y número del documento nacional de identidad, número de identificación de extranjero, tarjeta de residencia o pasaporte, y relación con el condenado.

e) Delito y/o falta cometidos.

f) Pena principal o accesoria impuesta, su duración o cuantía, medidas acordadas y su duración.

g) La sustitución de la pena que hubiera podido acordarse en sentencia o auto firmes, con expresión de la pena o medida sustitutiva impuesta.

h) La suspensión de la ejecución de la pena que hubiera podido acordarse, con expresión del plazo, y de las obligaciones o deberes que, en su caso, se acuerden.

3. Las anotaciones en el Registro central relativas a procedimientos en tramitación y las medidas cautelares u órdenes de protección dictadas por alguna de las causas referidas en el apartado 1 contendrán la siguiente información:

a) Órgano judicial ante el que se tramita, tipo de procedimiento, delito o falta objeto del procedimiento, fecha del auto de incoación o de la resolución de reapertura y número de identificación general del procedimiento (NIG).

b) Nombre y domicilios del imputado, filiación, fecha de nacimiento y número del documento nacional de identidad, número de identificación de extranjero, tarjeta de residencia o pasaporte.

c) Nombre y domicilios de la víctima, filiación, fecha de nacimiento y número del documento nacional de identidad, número de identificación de extranjero, tarjeta de residencia o pasaporte y relación con el imputado.

d) Orden de protección o medida cautelar acordada, fecha de adopción, medidas civiles y penales que comprende la orden de protección, con expresión, en su caso, de su contenido, ámbito y duración.

e) Fecha de sentencia dictada, cuando ésta no sea firme, con expresión, en su caso, de los delitos o faltas declarados, penas o medidas de seguridad impuestas y su duración o cuantía.

Artículo 5. Comunicación al Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica de datos relativos a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia firme.

1. Los secretarios judiciales remitirán para su anotación al Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, dentro del plazo de 24 horas posteriores a la declaración de firmeza de la correspondiente sentencia, el modelo telemático de nota de condena expresado en el anexo I.a).

Asimismo, para facilitar la inmediata comunicación a la Policía Judicial de las penas y medidas de seguridad impuestas a los efectos de su ejecución y seguimiento, los secretarios judiciales remitirán simultáneamente a la Policía Judicial copia impresa del modelo telemático de nota de condena.

2. El Encargado del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica comunicará de oficio al Registro central de penados y rebeldes las sentencias penales firmes dictadas en alguna de las causas penales referidas en el apartado 1 del artículo anterior en la misma fecha en que proceda a su anotación, con expresión de los datos a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.

Artículo 6. Comunicación al Registro central de datos relativos a procedimientos penales en tramitación, medidas cautelares y órdenes de protección. Funciones de los secretarios judiciales.

1. La comunicación de los datos objeto de anotación en el Registro central relativos a procedimientos penales en tramitación, medidas cautelares y órdenes de protección se realizará por el secretario judicial dentro de las 24 horas siguientes a

aquella en que se hubiera dictado alguna de las resoluciones comprendidas en el artículo 4.3.a), d) y e).

2. La transmisión de los datos al Registro central se llevará a cabo telemáticamente por el secretario judicial que corresponda. A tal efecto, la nota telemática establecida por el Ministerio de Justicia como anexo II.a) se cumplimentará bajo la exclusiva responsabilidad de los secretarios judiciales, quienes verificarán la exactitud de su contenido y la transmitirán electrónicamente al Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.

Asimismo, para facilitar la inmediata comunicación a la Policía Judicial de las medidas cautelares y órdenes de protección dictadas a los efectos de su seguimiento, los secretarios judiciales remitirán simultáneamente a la Policía Judicial copia impresa de la nota telemática.

3. En todo caso quedará constancia de la identidad del secretario judicial interviniente, así como de la integridad y confidencialidad de los datos transmitidos.

Artículo 7. *Soporte de la información y régimen de las comunicaciones.*

1. Los datos estarán contenidos en soportes informáticos apropiados para almacenar y expresar, con garantía jurídica y de modo indubitado, toda la información que ha de constar en el registro, con facilidad de recuperación y garantía de su conservación y transmisión.

2. La transmisión de datos al Registro central y el acceso a la información contenida en él se realizarán a través de los procedimientos telemáticos regulados en este Real Decreto y en las disposiciones administrativas que lo desarrollen.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando las circunstancias técnicas impidan la transmisión telemática, la transmisión de los datos al Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica podrá realizarse mediante la remisión al encargado del registro de los modelos cumplimentados expresados en los anexos I.b) y II.b). En este caso, la comunicación a la Policía Judicial a que se refieren el artículo 5.1, párrafo segundo, y el artículo 6.2, párrafo segundo, se realizará mediante remisión de copia de estos modelos.

4. Las redes de comunicaciones electrónicas gestionadas por las Comunidades Autónomas que den soporte a los órganos judiciales de la jurisdicción penal estarán conectadas con el Registro central, en un entorno integrado de red, que garantice la confidencialidad y autenticidad de dichas comunicaciones.

Artículo 8. *Acceso a la información contenida en el Registro central.*

1. Podrán acceder a la información contenida en el Registro central los órganos judiciales del orden penal, el Ministerio Fiscal y los órganos judiciales del orden civil que conozcan de procedimientos de familia, a los efectos de su utilización en los procesos o actuaciones en los que intervengan.

Asimismo, la Policía Judicial podrá acceder a esta información para el desarrollo de las actuaciones que le estén encomendadas en relación con la persecución y seguimiento de las conductas que tienen acceso a este Registro central.

2. El acceso a los datos del Registro central se llevará a cabo telemáticamente por el secretario judicial del correspondiente órgano judicial, por los fiscales integrantes de las distintas fiscalías y por aquellos miembros de la Policía Judicial que se determinen.

En todo caso, quedará constancia de la identidad de las personas que accedan al Registro central, de los datos consultados y del motivo de la consulta.

3. La Administración General del Estado podrá elaborar estadísticas de los datos contenidos en el registro, eludiendo toda referencia personal en la información y teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus disposiciones complementarias.

Artículo 9. Cancelación de datos relativos a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia firme.

El encargado del Registro central para la protección de las víctimas de violencia doméstica procederá a cancelar las anotaciones relativas a sentencias penales condenatorias firmes cuando tenga constancia de la cancelación de los correspondientes antecedentes penales por el Registro central de penados y rebeldes.

A estos efectos, el Registro central de penados y rebeldes comunicará de oficio la cancelación de sentencias penales condenatorias firmes dictadas en alguno de los procedimientos a que se refiere el artículo 4.1 en la misma fecha en que proceda a su cancelación.

Artículo 10. Cancelación de datos relativos a procedimientos en tramitación, medidas cautelares y órdenes de protección.

1. El encargado del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica procederá a cancelar los datos anotados en relación con un mismo procedimiento penal en tramitación cuando los secretarios judiciales de los correspondientes órganos de la jurisdicción penal comuniquen el auto de archivo o sobreseimiento, o su finalización por sentencia absolutoria.

2. Asimismo, la acumulación de un procedimiento que haya dado lugar a anotación a otro proceso en tramitación y la inhibición en favor de otro juzgado producirán la cancelación cuando el encargado del Registro central verifique la anotación del correspondiente procedimiento de destino.

Del mismo modo, el encargado del Registro central procederá a cancelar los datos relativos a un procedimiento en tramitación cuando conste en el registro la anotación de la correspondiente sentencia condenatoria firme recaída en el procedimiento.

3. El encargado del Registro central para la protección de las víctimas de violencia doméstica procederá a cancelar las anotaciones relativas a medidas cautelares o de protección, dejando subsistente la inscripción del correspondiente procedimiento penal en tramitación, cuando los secretarios judiciales de los correspondientes órganos de la jurisdicción penal, dentro del plazo establecido en el apartado 1, comuniquen su finalización o pérdida de vigencia por cualquier causa.

En todo caso, la información que se solicite de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 indicará la existencia de medidas cautelares o de protección canceladas, siempre que la anotación del procedimiento en el que se acordó no haya sido cancelada.

4. Respecto de aquellos procedimientos que hayan dado lugar a anotaciones en los que no se haya comunicado modificación alguna durante el plazo establecido en el artículo 131 del Código Penal, el encargado del Registro central se dirigirá al secretario judicial del correspondiente órgano judicial a los efectos de verificar su estado procesal, procediendo a cancelar la anotación cuando así resulte de la comunicación que éste le remita.

5. El secretario judicial deberá comunicar al encargado del Registro central de forma inmediata la correspondiente nota relativa a las resoluciones judiciales mencionadas en este artículo una vez sean declaradas firmes.

6. El interesado podrá, en cualquier momento, solicitar al encargado del registro la cancelación o rectificación de los datos anotados en el Registro central para la protección de las víctimas de violencia doméstica. En este supuesto, el encargado del registro procederá con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores.

Disposición adicional única. *Comunicación de las órdenes de protección a las Administraciones públicas competentes en materia de protección social.*

1. Los secretarios de los juzgados y tribunales comunicarán las órdenes de protección de las víctimas de violencia doméstica que se adopten y sus respectivas solicitudes, mediante testimonio íntegro, a aquel o aquellos puntos de coordinación designados por la Comunidad Autónoma correspondiente, que constituirán el canal único de notificación de estas resoluciones a centros, unidades, organismos e instituciones competentes en materia de protección social en relación con estas víctimas, de acuerdo con lo establecido en el apartado 8 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La comunicación del secretario judicial se remitirá en un plazo nunca superior a 24 horas desde su adopción, por vía telemática o electrónica o, en su defecto, por medio de fax o correo urgente.

2. El punto de coordinación designado hará referencia al centro, unidad, organismo o institución que centraliza la información, su dirección postal y electrónica, números de teléfono y fax, régimen horario y persona o personas responsables de aquél. En el caso de Comunidades Autónomas pluriprovinciales, podrá identificarse un punto de conexión específico para cada provincia.

3. El Consejo General del Poder Judicial mantendrá una relación actualizada de los puntos de coordinación designados, remitirá tal identificación en su integridad y sus modificaciones o actualizaciones a los Ministerios de Justicia, de Trabajo y Asuntos Sociales y del Interior, así como a la Fiscalía General del Estado y al Tribunal Superior de Justicia, decanatos y juzgados de instrucción del ámbito autonómico correspondiente.

Disposición transitoria primera. *Implantación gradual de las comunicaciones telemáticas.*

1. La comunicación telemática de datos al Registro central constituirá el canal único y obligatorio de transmisión de dicha información al Registro central una vez entre en vigor el Protocolo general de seguridad informática de los registros de la Administración de Justicia, que se aprobará en el plazo de tres meses mediante orden ministerial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.3.

2. Hasta el momento de la entrada en vigor del citado Protocolo general de seguridad informática, la transmisión de datos al Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica se llevará a cabo mediante comunicación escrita del secretario judicial al encargado del registro, debiéndose cumplimentar a estos efectos los modelos que se adjuntan como anexos I.b) y II.b). La gestión de estas comunicaciones escritas de los secretarios judiciales y su anotación en el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica se realizará por el encargado del registro, con el soporte administrativo de la Dirección General para la Modernización de la Administración de Justicia.

En este caso, la comunicación a la Policía Judicial a que se refieren el artículo 5.1, párrafo segundo, y el artículo 6.2, párrafo segundo, se realizará mediante remisión de copia de estos modelos.

Disposición transitoria segunda. Incorporación de datos relativos a órdenes de protección anteriores a la entrada en vigor de este Real Decreto.

Los datos relativos a las órdenes de protección dictadas al amparo de la Ley 27/2003, de 31 de julio, comunicados al Ministerio de Justicia con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 10 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se anotarán en el Registro central.

Disposición final única. Facultades de desarrollo

Se autoriza al Ministro de Justicia para adoptar las disposiciones administrativas y medidas necesarias para el desarrollo y ejecución de este Real Decreto, así como para aprobar actualizaciones a los modelos contenidos en los anexos.

REAL DECRETO 1774/2004, DE 30 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

(«BOE» núm. 209, de 30 de agosto de 2004)

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en el apartado 24 de su exposición de motivos, prevé una regulación más extensa de algunos de sus aspectos en el reglamento que en su día se dicte en su desarrollo. Asimismo, en diferentes artículos de la Ley Orgánica hay llamamientos concretos al desarrollo reglamentario para establecer: la periodicidad con que se remitirá al juez de menores y al Ministerio Fiscal los informes sobre la ejecución de la medida y sus incidencias, y sobre la evolución personal de los menores sometidos a ellas; los permisos ordinarios y extraordinarios de los que podrá disfrutar el menor internado; los requisitos para trasladar al menor de centro fuera de la Comunidad Autónoma; el derecho del menor a comunicarse libremente con sus padres y familiares, y a disfrutar de salidas y permisos; el derecho de las menores internadas a tener en su compañía a sus hijos menores de tres años; la forma y la periodicidad de las actuaciones de vigilancia y seguridad en los centros; los medios de contención para evitar actos de violencia, impedir actos de fuga y daños en las instalaciones, o ante la resistencia a las instrucciones del personal del centro, y el régimen disciplinario de los centros para la ejecución de las medidas privativas de libertad.

A la vista de esta previsión, se ha elaborado un reglamento que, conforme a su artículo 1, pretende abordar un desarrollo parcial de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en lo relativo a tres materias concretas: la actuación de la Policía Judicial y del equipo técnico, la ejecución de las medidas cautelares y definitivas y el régimen disciplinario de los centros.

El capítulo II, rubricado «De la actuación de la Policía Judicial y del equipo técnico», regula en términos generales la intervención de ambos colectivos. Los artículos 2 y 3 se dedican a la actuación de la Policía Judicial, dependiente funcionalmente

del Ministerio Fiscal y del juez de menores, prestando especial atención al modo de llevar a cabo la detención del menor. El artículo 4 se refiere a la actuación del equipo técnico, integrado por psicólogos, educadores y trabajadores sociales, y responsables de prestar asistencia al menor desde el momento de su detención, de asistir técnicamente a los jueces de menores y al Ministerio Fiscal y de intervenir activamente en la mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, función ampliamente desarrollada por el artículo 5 del Reglamento.

El capítulo III («De las reglas para la ejecución de las medidas») se divide en tres secciones. La primera destinada a regular las reglas comunes; la segunda, a algunas medidas no privativas de libertad, y la tercera, a las medidas privativas de libertad.

Las denominadas reglas comunes comprenden el establecimiento de los principios que deben inspirar la ejecución de las medidas y los derechos de los menores, con expresa mención en el último a los tratados internacionales ratificados por España (artículos 6 y 7) y la delimitación de la competencia de las Administraciones públicas para la ejecución de las medidas (artículos 8 a 11). Pero también regula el expediente personal del menor, único en la Comunidad Autónoma que ejecute la medida, de carácter reservado y sometido a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (artículo 12), así como los llamados «informes de seguimiento» que la entidad pública competente deberá remitir al juez de menores y al Ministerio Fiscal (artículo 13). Seguidamente, reglamenta la actuación de la entidad pública en los casos de incumplimiento de las medidas de internamiento y de permanencia de fin de semana en el centro o en el domicilio y otras medidas no privativas de libertad. La sección concluye con un precepto que regula los casos en que el menor desee conciliarse con la víctima o reparar el daño causado. En estos casos, se encomiendan a la entidad pública las funciones de mediación.

La sección 2.^a del capítulo III contempla reglas específicas para la ejecución de determinadas medidas no privativas de libertad, en desarrollo del artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, comprendiendo la regulación de las medidas de tratamiento ambulatorio, asistencia a un centro de día, libertad vigilada, convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, prestaciones en beneficio de la comunidad y realización de tareas socioeducativas. Es nota común a todas ellas la elaboración de un programa individualizado de ejecución.

La sección 3.^a es la más extensa y heterogénea del reglamento y bajo la rúbrica «Reglas específicas para la ejecución de las medidas privativas de libertad», regula tanto las medidas como los trámites para el ingreso, la asistencia del menor, su régimen de comunicación, etc. Atendiendo a su contenido, los 36 artículos que integran esta sección pueden estructurarse en los siguientes apartados: disposiciones relativas a los regímenes de internamiento (artículos 23 a 29, 34 y 53), disposiciones relativas al funcionamiento de los centros (artículos 30, 33, 35 y 53 a 58), disposiciones relativas al ingreso y a la libertad del menor (artículos 31, 32, 34 y 36), disposiciones relativas a la asistencia del menor (artículos 37, 38 y 39), disposiciones relativas a las comunicaciones (artículos 40 a 44) y disposiciones relativas a las salidas y permisos (artículos 45 a 52).

El capítulo IV («Del régimen disciplinario de los centros») da cumplimiento al tercer objetivo que apunta el artículo 1 del Reglamento, inspirándose en el título X del Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero. Aunque no se divide en secciones, su contenido permite apreciar un bloque de temática homogénea: los artículos 59 y 60 regulan, respectivamente, el fundamento y ámbito de aplicación y los principios de la potestad disciplinaria; los artículos 61 a 64 regulan las faltas disciplinarias clasificándolas en muy graves, graves y leves, «atendiendo a la violencia desarrollada por el sujeto, su intencionalidad, la importancia del

resultado y el número de personas ofendidas»; los artículos 65 a 69 regulan las sanciones con carácter general y taxativo; los artículos 70 a 80 regulan los procedimientos para la imposición de sanciones; finalmente, los artículos 81 a 85 contienen reglas especiales sobre las sanciones (ejecución y cumplimiento, reducción, suspensión y anulación, extinción y prescripción) y sobre incentivos o recompensas de un modo similar al artículo 263 del Reglamento Penitenciario.

Este Reglamento ha sido sometido al preceptivo informe de la Agencia Española de Protección de Datos, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, con la aprobación previa del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 30 de julio de 2004, dispongo:

Artículo único. *Aprobación del Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.*

Se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, cuyo texto se inserta a continuación.

Disposición adicional única. *Evaluación de resultados.*

Transcurrido un año desde la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, el Gobierno procederá a evaluar los resultados de su aplicación, consultando para ello a las Comunidades Autónomas, al Consejo General del Poder Judicial y al Fiscal General del Estado.

Disposición final única. *Entrada en vigor.*

El presente Real Decreto entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. *Objeto y ámbito de aplicación.*

1. Este Reglamento tiene por objeto el desarrollo de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en lo referente a la actuación del equipo técnico y de la Policía Judicial, a la ejecución de las medidas cautelares y definitivas adoptadas de conformidad con aquella y al régimen disciplinario de los centros para la ejecución de las medidas privativas de libertad, sin

perjuicio de las normas que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.1 y la disposición final séptima de la citada Ley Orgánica establezcan las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus competencias.

2. Al efecto de designar a las personas a quienes se aplica este Reglamento, en su articulado se utiliza el término menores para referirse a las personas que no han cumplido 18 años, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 4 y 15 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, cuando sea aplicable.

CAPÍTULO II

DE LA ACTUACIÓN DE LA POLICÍA JUDICIAL Y DEL EQUIPO TÉCNICO

Artículo 2. *Actuación de la Policía Judicial.*

1. La Policía Judicial actúa en la investigación de los hechos cometidos por menores que pudieran ser constitutivos de delitos o faltas, bajo la dirección del Ministerio Fiscal.

2. La actuación de la Policía Judicial se atenderá a las órdenes del Ministerio Fiscal y se sujetará a lo establecido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Salvo la detención, toda diligencia policial restrictiva de derechos fundamentales será interesada al Ministerio Fiscal para que, por su conducto, se realice la oportuna solicitud al juez de menores competente.

3. Los registros policiales donde consten la identidad y otros datos que afecten a la intimidad de los menores serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la investigación de un caso en trámite o aquellas personas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, autoricen expresamente el juez de menores o el Ministerio Fiscal, todo ello sin perjuicio de las disposiciones que, en materia de regulación de ficheros y registros automatizados, dicten las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus respectivas competencias.

4. A tal efecto, cuando, de conformidad con el artículo 17 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se proceda a la detención de un menor, se podrá proceder a tomar reseña de sus impresiones dactilares, así como fotografías de su rostro, que se remitirán, como parte del atestado policial, al Ministerio Fiscal para la instrucción del expediente, y constarán en la base de datos de identificación personal.

5. El cacheo y aseguramiento físico de los menores detenidos se llevará a cabo en los casos en que sea estrictamente necesario y como medida proporcional de seguridad para el propio menor detenido y los funcionarios actuantes, cuando no sea posible otro medio de contención física del menor.

6. Además de lo anterior, existirá un registro o archivo central donde, de modo específico para menores, se incorporará la información relativa a los datos de éstos resultantes de la investigación. Tal registro o archivo sólo podrá facilitar información a requerimiento del Ministerio Fiscal o del juez de menores.

Tanto los registros policiales como el registro central al que se refiere este apartado estarán sometidos a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

7. Cuando el Ministerio Fiscal o el juez de menores, en el ejercicio de sus competencias atribuidas por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, deseen consultar datos relativos a la identidad o edad de un menor, requerirán del mencionado registro o archivo central que se comparen los datos que obran en su poder con los que existan en dicho registro, a fin de acreditar la identidad u otros datos del menor expedientado. A tal fin, dirigirán comunicación, directamente o a través del Grupo de Menores u otras unidades similares, al mencionado registro, que facilitará los datos y emitirá un informe sobre los extremos requeridos.

8. Los registros de menores a que se refiere este artículo no podrán ser utilizados en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicada la misma persona.

9. Cuando la policía judicial investigue a una persona como presunto autor de una infracción penal de cuya minoría de edad se dude y no consten datos que permitan su determinación, se pondrá a disposición de la autoridad judicial de la jurisdicción ordinaria para que proceda a determinar la identidad y edad del presunto delincuente por las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una vez acreditada la edad, si ésta fuese inferior a los dieciocho años, se procederá conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

10. Cuando para la identificación de un menor haya de acudir a la diligencia de reconocimiento prevista en el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dicha diligencia sólo podrá llevarse a cabo con orden o autorización del Ministerio Fiscal o del juez de menores según sus propias competencias.

Para la práctica de la diligencia de reconocimiento, se utilizarán los medios que resulten menos dañinos a la integridad del menor, debiendo llevarse a cabo en las dependencias de los Grupos de Menores o en las sedes del Ministerio Fiscal o autoridad judicial competente. La rueda deberá estar compuesta por otras personas, menores o no, conforme a los requisitos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuando la rueda esté compuesta por otros menores de edad, se deberá contar con su autorización y con la de sus representantes legales o guardadores de hecho o de derecho, a salvo el supuesto de los mayores de dieciséis años no emancipados y de los menores emancipados en que sea de aplicación lo dispuesto para las limitaciones a la declaración de voluntad de los menores en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

Artículo 3. *Modo de llevar a cabo la detención del menor.*

1. Las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos le perjudique, y estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como a garantizar el respeto de tales derechos. También deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal. Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales.

2. Toda declaración del detenido se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor, de hecho o de

derecho, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos, la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por un fiscal distinto del instructor del expediente.

3. Mientras dure la detención los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas conforme establece la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

La custodia de los menores detenidos a que se refiere el párrafo anterior corresponderá a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes hasta que el fiscal resuelva sobre la libertad del menor, el desistimiento o la incoación del expediente, con puesta a disposición del juez a que se refiere el artículo 17.5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. El fiscal resolverá en el menor espacio de tiempo posible y, en todo caso, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la detención.

4. Durante la detención debe garantizarse que todo menor disponga de alimentación, vestimenta y condiciones de intimidad, seguridad y sanidad adecuadas.

5. En los establecimientos de detención deberá llevarse un libro registro, de carácter confidencial, que al menos deberá contar con la siguiente información:

- a) Datos relativos a la identidad del menor.
- b) Circunstancias de la detención, motivos y, en su caso, autoridad que la ordenó.
- c) Día y hora del ingreso, traslado o libertad.
- d) Indicación de la persona o personas que custodian al menor.
- e) Detalle de la notificación a los padres o representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal de la detención del menor.
- f) Expresión de las circunstancias psicofísicas del menor.
- g) Constatación de que se le ha informado de las circunstancias de la detención y de sus derechos.

Los datos de dicho registro estarán exclusivamente a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial competente.

Este libro registro será único para todo lo concerniente a la detención del menor, y no se consignará ninguno de sus datos en ningún otro libro de la dependencia.

Artículo 4. *Actuación del equipo técnico.*

1. Los equipos técnicos estarán formados por psicólogos, educadores y trabajadores sociales cuya función es asistir técnicamente en las materias propias de sus disciplinas profesionales a los jueces de menores y al Ministerio Fiscal, elaborando los informes, efectuando las propuestas, siendo oídos en los supuestos y en la forma establecidos en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y, en general, desempeñando las funciones que tengan legalmente atribuidas.

Del mismo modo, prestarán asistencia profesional al menor desde el momento de su detención y realizarán funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado.

Podrán también incorporarse de modo temporal o permanente a los equipos técnicos otros profesionales relacionados con las funciones que tienen atribuidas cuando las necesidades planteadas lo requieran y así lo acuerde el órgano competente.

2. Los profesionales integrantes de los equipos técnicos dependerán orgánicamente del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas con competencias asumidas y estarán adscritos a los juzgados de menores. Durante la instrucción del

expediente, desempeñarán las funciones establecidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, bajo la dependencia funcional del Ministerio Fiscal y del juez de menores cuando lo ordene.

No obstante lo anterior, en el ejercicio de su actividad técnica actuarán con independencia y con sujeción a criterios estrictamente profesionales.

3. En todo caso, la Administración competente garantizará que el equipo técnico realice sus funciones en los términos que exijan las necesidades del servicio, adoptando las medidas oportunas al efecto.

4. El Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en sus respectivos ámbitos determinarán el número de equipos técnicos necesarios, su composición y plantilla de conformidad con las necesidades que presenten los juzgados de menores y fiscalías, garantizando que cada fiscal instructor cuente con los medios personales adecuados y suficientes para la emisión de los informes determinados por la Ley y en los plazos establecidos.

5. Los informes serán firmados por los profesionales del equipo técnico que intervengan en cada caso. La representación del equipo la ostentará aquel que sea designado por el Ministerio Fiscal o el juez de menores en la actuación concreta de que se trate.

Artículo 5. *Modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales.*

1. En el supuesto previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se procederá del siguiente modo:

a) Si el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias concurrentes o a instancia del letrado del menor, apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y al de la víctima.

b) Recibida la solicitud por el equipo técnico, citará a su presencia al menor, a sus representantes legales y a su letrado defensor.

c) El equipo técnico expondrá al menor la posibilidad de solución extrajudicial prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, y oír a sus representantes legales. Si, con audiencia de su letrado, el menor aceptara alguna de las soluciones que el equipo le propone, a ser posible en el mismo acto, se recabará la conformidad de sus representantes legales.

Si el menor o sus representantes legales manifestaran su negativa a aceptar una solución extrajudicial, el equipo técnico lo comunicará al Ministerio Fiscal e iniciará la elaboración del informe al que alude el artículo 27 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

d) El equipo técnico se pondrá en contacto con la víctima para que manifieste su conformidad o disconformidad a participar en un procedimiento de mediación, ya sea a través de comparecencia personal ante el equipo técnico, ya sea por cualquier otro medio que permita dejar constancia.

Si la víctima fuese menor de edad o incapaz, este consentimiento deberá ser confirmado por sus representantes legales y ser puesto en conocimiento del juez de menores competente.

e) Si la víctima se mostrase conforme a participar en la mediación, el equipo técnico citará a ambos a un encuentro para concretar los acuerdos de conciliación o reparación. No obstante, la conciliación y la reparación también podrán llevarse a

cabo sin encuentro, a petición de la víctima, por cualquier otro medio que permita dejar constancia de los acuerdos.

f) No siendo posible la conciliación o la reparación directa o social, o cuando el equipo técnico lo considere más adecuado al interés del menor, propondrá a éste la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

g) El equipo técnico pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado del proceso de mediación, los acuerdos alcanzados por las partes y su grado de cumplimiento o, en su caso, los motivos por los que no han podido llevarse a efecto los compromisos alcanzados por las partes, a efectos de lo dispuesto en el artículo 19.4 y 5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

2. Si, conforme a lo previsto en el artículo 27.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, el equipo técnico considera conveniente que el menor efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, informará de tal extremo al Ministerio Fiscal y al letrado del menor. Si éste apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe sobre la solución extrajudicial más adecuada y se seguirán los trámites previstos en el apartado anterior.

3. Lo dispuesto en este artículo podrá ser aplicable al procedimiento de mediación previsto en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, sin perjuicio de la competencia de la entidad pública y de lo dispuesto en el artículo 15 de este Reglamento. Las referencias al equipo técnico hechas en este artículo se entenderán efectuadas a la entidad pública cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.7 de este Reglamento, dicha entidad realice las funciones de mediación.

CAPÍTULO III

DE LAS REGLAS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS

Sección 1.ª Reglas comunes para la ejecución de las medidas

Artículo 6. Principios inspiradores de la ejecución de las medidas.

Los profesionales, organismos e instituciones que intervengan en la ejecución de las medidas ajustarán su actuación con los menores a los principios siguientes:

- a) El superior interés del menor de edad sobre cualquier otro interés concurrente.
- b) El respeto al libre desarrollo de la personalidad del menor.
- c) La información de los derechos que les corresponden en cada momento y la asistencia necesaria para poder ejercerlos.
- d) La aplicación de programas fundamentalmente educativos que fomenten el sentido de la responsabilidad y el respeto por los derechos y libertades de los otros.
- e) La adecuación de las actuaciones a la edad, la personalidad y las circunstancias personales y sociales de los menores.

f) La prioridad de las actuaciones en el propio entorno familiar y social, siempre que no sea perjudicial para el interés del menor. Asimismo, en la ejecución de las medidas se utilizarán preferentemente los recursos normalizados del ámbito comunitario.

g) El fomento de la colaboración de los padres, tutores o representantes legales durante la ejecución de las medidas.

h) El carácter preferentemente interdisciplinario en la toma de decisiones que afecten o puedan afectar a la persona.

i) La confidencialidad, la reserva oportuna y la ausencia de injerencias innecesarias en la vida privada de los menores o en la de sus familias, en las actuaciones que se realicen.

j) La coordinación de actuaciones y la colaboración con los demás organismos de la propia o de diferente Administración, que intervengan con menores y jóvenes, especialmente con los que tengan competencias en materia de educación y sanidad.

Artículo 7. *Derechos de los menores durante la ejecución de las medidas.*

Los menores y los jóvenes gozarán durante la ejecución de las medidas de los derechos y libertades que a todos reconocen la Constitución, los tratados internacionales ratificados por España y el resto del ordenamiento jurídico vigente, a excepción de los que se encuentren expresamente limitados por la ley, el contenido del fallo condenatorio o el sentido de la medida impuesta.

Artículo 8. *Competencia funcional.*

1. Corresponde a las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla, mediante las entidades públicas que éstas designen con arreglo a la disposición final vigésima segunda de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor:

a) La ejecución de las medidas cautelares adoptadas de conformidad con el artículo 28 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

b) La ejecución de las medidas adoptadas por los jueces de menores en sus sentencias firmes, previstas en los párrafos a) a k) del artículo 7.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

c) La ejecución del régimen de libertad vigilada y de la actividad socioeducativa a la que alude el artículo 40.2.c) de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

Dichas entidades públicas llevarán a cabo, de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas, sin perjuicio de los convenios y acuerdos de colaboración que puedan establecer de conformidad con el artículo 45.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

2. Corresponde al Estado, en los establecimientos y con el control del personal especializado que ponga a disposición de la Audiencia Nacional, la ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento y de las medidas adoptadas en sentencia firme que, de conformidad con la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, acuerden el Juzgado Central de Menores o la sala correspondiente de la Audiencia Nacional, sin perjuicio de los convenios que, en su caso, pueda estable-

cer para dicha finalidad con las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla.

3. Corresponde a las instituciones públicas que en el respectivo territorio tengan encomendada la ejecución de las medidas penales a las que alude el artículo 105.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la ejecución de la medida de libertad vigilada impuesta de conformidad con la regla 5.ª del artículo 9 y, en su caso, con el apartado 2.c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

4. Las medidas de privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para cualquier tipo de armas y la inhabilitación absoluta, previstas en los párrafos *m)* y *n)* del artículo 7.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, si no fueran ejecutadas directamente por el juez de menores, se ejecutarán por los órganos administrativos competentes por razón de la materia.

5. Si en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se ordena el cumplimiento de la medida de internamiento del menor en un centro penitenciario, la competencia para la ejecución de ésta será de la Administración penitenciaria, sin perjuicio de las facultades propias del juez de menores competente. Esta competencia será extensiva a la ejecución de las medidas pendientes de cumplimiento del artículo 7.1.e) a k) de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, una vez finalizado el internamiento.

6. Cuando de conformidad con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, el juez de menores o el Ministerio Fiscal remitan a la entidad pública de protección de menores testimonio de particulares sobre un menor de catorce años, será dicha entidad la competente para valorar la situación y decidir si se ha de adoptar alguna medida, conforme a las normas del Código Civil y la legislación de protección de menores.

7. Sin perjuicio de las funciones de mediación atribuidas en el artículo 19.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, a los equipos técnicos correspondientes, también las entidades públicas podrán poner a disposición del Ministerio Fiscal y de los juzgados de menores, en su caso, los programas necesarios para realizar las funciones de mediación a las que alude el citado artículo.

Artículo 9. *Punto de conexión para determinar la Administración competente en la ejecución de las medidas.*

1. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado 1 del artículo anterior, serán competentes las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla donde se ubique el juzgado de menores que las haya acordado.

En el caso de que la entidad pública haya designado un centro de internamiento para la ejecución situado fuera de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, y en este Reglamento, será la Comunidad Autónoma a la que pertenezca dicho centro la competente para la ejecución de la medida, en los términos previstos en el artículo 46.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

2. Si la aprobación judicial prevista en el artículo 46.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se adopta una vez iniciada la ejecución de la medida, dejará de ser competente la Comunidad

Autónoma respectiva desde el momento del traslado efectivo del menor al nuevo centro o desde la notificación judicial a la Comunidad Autónoma de residencia para que designe el profesional responsable de la ejecución de la medida no privativa de libertad impuesta.

3. En caso de traslado de centro por las circunstancias previstas en el artículo 35.1.b) y c) de este Reglamento, continuará siendo competente de la ejecución de la medida la Comunidad Autónoma donde se ubique el juzgado de menores que la haya acordado, sin perjuicio de la colaboración prestada por la Comunidad Autónoma responsable del centro de destino.

Artículo 10. *Inicio de la ejecución.*

1. Para dar inicio a la ejecución de las medidas acordadas en sentencia firme, que sean competencia de las entidades públicas, se procederá conforme a las reglas siguientes:

1.^a Recibidos en la entidad pública la ejecutoria y el testimonio de particulares del juzgado de menores, así como los informes técnicos que obren en la causa y la identificación del letrado del menor, la entidad pública competente, cuando la medida impuesta sea alguna de las previstas en los párrafos a) a d) del artículo 7.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, o la de permanencia de fin de semana en un centro, designará de forma inmediata el centro que considere más adecuado para su ejecución de entre los más cercanos al domicilio del menor en los que existan plazas disponibles correspondientes al régimen o al tipo de internamiento impuesto. La designación se comunicará al juzgado de menores competente para que ordene el ingreso del menor si no estuviera ingresado cautelarmente.

2.^a Se requerirá la previa aprobación judicial del centro propuesto por la entidad pública en los casos siguientes:

a) Cuando de conformidad con el artículo 46.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, se proponga, en interés del menor, el ingreso en un centro de la Comunidad Autónoma que se encuentre alejado de su domicilio y de su entorno social y familiar, aun existiendo plaza en un centro más cercano adecuada al régimen o al tipo de internamiento impuesto.

b) Cuando se proponga para la ejecución de la medida el ingreso del menor en un centro sociosanitario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

c) Cuando se proponga el ingreso del menor en un centro de otra Comunidad Autónoma, por los motivos descritos en el artículo 35.1 de este Reglamento.

3.^a La entidad pública designará de forma inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de cinco días un profesional que se responsabilizará de la ejecución de la medida impuesta, siempre que ésta sea alguna de las previstas en los párrafos e), f), g), cuando en este caso la permanencia se ordene en el domicilio, h), i), j) y k) del artículo 7.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Dicha designación se comunicará al juzgado correspondiente.

4.^a En la medida de libertad vigilada y en las medidas de internamiento, el profesional o el centro designado elaborarán el programa individualizado de ejecución en el plazo de veinte días desde el inicio de aquéllas, prorrogable previa autorización judicial.

En el resto de las medidas, el programa individualizado de ejecución se elaborará, previamente a su inicio, en el plazo de veinte días desde la fecha de la designación del profesional, prorrogable previa autorización judicial.

5.ª El programa individualizado de ejecución de la medida se comunicará al juez competente para su aprobación. Si el juez rechazase, en todo o en parte, el programa propuesto, se someterá a su consideración uno nuevo o la modificación correspondiente del anterior, conforme a lo previsto en el artículo 44 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

6.ª Una vez aprobado el programa individualizado de ejecución de la medida, la entidad pública la iniciará, salvo que ya estuviese iniciada por tratarse de una medida de internamiento o de libertad vigilada, y comunicará la fecha al juzgado de menores para que el secretario judicial practique la liquidación de la medida y la comunique al menor. A efectos de la liquidación, que practicará el secretario judicial, se considerarán como fechas de inicio las siguientes:

a) En las medidas de internamiento, la del día del ingreso o la de firmeza de la sentencia si estuviera internado cautelarmente.

b) En las medidas de libertad vigilada, el día de la primera entrevista del profesional aludido en la regla 3.ª con el menor, que deberá llevarse a cabo en la fecha señalada por el juez de menores de entre las propuestas por la entidad pública y comunicada al menor una vez firme la sentencia. Si la medida ya estuviera iniciada cautelarmente, la fecha de inicio será la de la firmeza de la sentencia.

Si el menor no compareciera, citado en debida forma, incurrirá en el quebrantamiento previsto en el artículo 50.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

c) En las medidas de permanencia de fin de semana, el primer día de permanencia en el centro o en el domicilio.

d) En las medidas de tratamiento ambulatorio y de asistencia a un centro de día, la fecha en que el menor asiste por primera vez al centro ambulatorio o al centro de día asignado.

e) En las medidas de prestaciones en beneficio de la comunidad y de realización de tareas socioeducativas, la fecha en que comienzan de forma efectiva las prestaciones o las tareas asignadas.

f) En la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, el primer día de convivencia. Si ya estuviera en medida de convivencia cautelar, el día de la firmeza de la sentencia, sin perjuicio del abono que corresponda.

g) En las medidas a las que alude el artículo 8.4 de este Reglamento, el día en que el menor entregue en la secretaría del juzgado el permiso o licencia correspondiente, o en la fecha que el juez señale a la autoridad administrativa.

7.ª En la liquidación de la medida practicada por el secretario del juzgado se abonará en su caso el tiempo cumplido de las medidas cautelares en los términos del artículo 28.5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Una vez aprobada la liquidación por el juez, previo informe del Ministerio Fiscal y del letrado del menor, se comunicará a la entidad pública competente.

2. El inicio de la ejecución de las medidas acordadas en sentencia firme por el Juzgado Central de Menores se ajustará a las reglas anteriores, excepto en lo referente a la competencia administrativa, que siempre será del Gobierno, y a los centros o profesionales designados, que serán los que el Gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional, sin perjuicio de los convenios que, en su caso, pueda establecer con las Comunidades Autónomas.

3. Para dar inicio a la ejecución de las medidas cautelares que se acuerden de conformidad con el artículo 28 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, una vez adoptado y comunicado a la entidad pública el auto correspondiente, se aplicarán en lo que proceda las reglas 1.ª, 2.ª y 3.ª del apartado 1 de este artículo.

Artículo 11. *Ejecución de varias medidas.*

1. La ejecución de varias medidas se llevará a cabo en todo caso teniendo en cuenta lo acordado por el juez, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13 y 47.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Cuando concurren varias medidas impuestas en el mismo o en diferentes procedimientos, se cumplirán simultáneamente las que se relacionan a continuación:

a) Las medidas no privativas de libertad cuando concurren con otras medidas no privativas de libertad diferentes.

b) La medida de permanencia de fin de semana cuando concorra con otra medida no privativa de libertad.

c) La amonestación, la privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas y la inhabilitación absoluta, cuando concurren con otra medida diferente.

2. El segundo período de las medidas de internamiento descritas en los párrafos a) a d) del artículo 7.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, acordado en la sentencia en régimen de libertad vigilada, se cumplirá inmediatamente después de finalizado el primer período de internamiento en centro. No obstante, cuando existan otras medidas o penas privativas de libertad, su cumplimiento se regirá por lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 47 de la citada Ley Orgánica.

3. De igual forma, la medida de libertad vigilada prevista en la regla 5.ª del artículo 9 y en el apartado 2.c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, habrá de ejecutarse una vez finalizada la medida de internamiento en régimen cerrado, salvo que concorra con otras medidas o penas privativas de libertad; en tal caso será de aplicación lo dispuesto en el inciso último del apartado anterior.

4. Cuando concurren varias medidas de internamiento, definitivas o cautelares, de diferente régimen, se cumplirá antes la de régimen más restringido y, en su caso, se interrumpirá la de régimen menos restringido que se estuviera ejecutando, salvo que el juez de menores haya dispuesto otro orden en aplicación del apartado 3 del artículo 47 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

5. En todo caso, la ejecución de las medidas impuestas por el Juez Central de Menores o por la sala correspondiente de la Audiencia Nacional será preferente sobre las impuestas por otros jueces o salas de menores.

6. La ejecución de varias medidas, en todos los casos previstos en los apartados anteriores, se llevará a cabo cumpliendo las resoluciones dictadas por el juez.

7. En los casos en que al menor se le hayan impuesto varias medidas de internamiento y se haya acordado por el juez de menores su acumulación en un único expediente de ejecución, el centro donde el menor sea ingresado elaborará un programa individualizado de ejecución que comprenda la totalidad de las medidas, así

como un único informe final, sin perjuicio de los correspondientes informes de seguimiento que establece el artículo 13 de este Reglamento.

Artículo 12. Expediente personal del menor en la ejecución de la medida.

1. La entidad pública competente abrirá un expediente personal a cada menor del que tenga encomendada la ejecución de una medida. Dicho expediente será único en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, aun cuando se ejecuten medidas sucesivas.

2. El expediente deberá contener una copia de todos los informes y documentos de cualquier tipo que haya remitido la entidad pública a los órganos judiciales competentes y al Ministerio Fiscal durante la ejecución; las resoluciones y documentos que los acompañen, comunicadas por los órganos judiciales o el Ministerio Fiscal a la entidad pública, y el resto de documentos administrativos que se generen a consecuencia del cumplimiento de la medida, y que, en uno u otro caso, afecten al menor. En dicho expediente deberán constar igualmente los datos del letrado del menor y la comunicación del secretario del juzgado de cualquier modificación en ellos.

3. El expediente personal tiene carácter reservado y a éste solamente podrán acceder:

a) El Defensor del Pueblo o institución análoga de la correspondiente Comunidad Autónoma, los jueces de menores competentes y el Ministerio Fiscal cuando así lo requieran a la entidad pública.

b) Los profesionales que de manera directa tienen encomendada la responsabilidad de planificar y desarrollar los programas individualizados de ejecución de la medida, y sólo sobre los datos personales de los menores que tengan a su cargo si están expresamente autorizados para ello por la entidad pública de acuerdo con sus normas de organización, debiendo observar, en todo momento, el deber de sigilo.

c) El menor, su letrado y, en su caso, el representante legal del menor, si lo solicitan de forma expresa a la entidad pública, conforme al procedimiento de acceso que ésta establezca. Será de aplicación lo dispuesto en los artículos 35 y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. Los profesionales que intervengan en la ejecución de la medida, pertenecientes a otras entidades públicas o privadas con las que la entidad pública competente haya establecido convenios o acuerdos de colaboración, podrán acceder al fichero informático dependiente de dicha entidad, al que alude el artículo 48.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, cuando así lo autorice dicha entidad, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus normas de desarrollo.

5. Todos los que intervengan en la ejecución de la medida tienen el deber de mantener la reserva oportuna de la información que obtengan con relación a los menores y jóvenes en el ejercicio de sus funciones, y de no facilitarla a terceras personas ajenas a la ejecución, deber que persiste una vez finalizada ésta.

6. Una vez finalizada la estancia en el centro deberán remitirse a la entidad pública, por los medios que se establezcan, todos los documentos relativos al menor, con objeto de que se integren en su expediente personal, sin que pueda quedarse el centro con copia alguna.

Artículo 13. Informes durante la ejecución.

1. Durante la ejecución de la medida, la entidad pública remitirá al juez de menores y al Ministerio Fiscal los informes de seguimiento. Su contenido será suficiente, de acuerdo con la naturaleza y finalidad de cada medida, para conocer el grado de cumplimiento de ésta, las incidencias que se produzcan y la evolución personal del menor.

2. La periodicidad mínima con la que se elaborarán y tramitarán los informes de seguimiento será la siguiente:

a) En la medida de permanencia de fin de semana, un informe cada cuatro fines de semana cumplidos.

b) En la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, un informe cada veinticinco horas cumplidas si la medida impuesta es igual o inferior a cincuenta horas, y uno cada cincuenta horas cumplidas si la duración es superior.

c) En el resto de las medidas, un informe trimestral.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, la entidad pública remitirá informes de seguimiento al juez de menores y al Ministerio Fiscal, siempre que fuera requerida por éstos o cuando la propia entidad lo considere necesario.

4. Cuando el informe de seguimiento contenga una propuesta de revisión de la medida en alguno de los sentidos previstos en los artículos 14.1 ó 51 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se hará constar expresamente.

5. Una vez cumplida la medida, la entidad pública elaborará un informe final dirigido al juez de menores y al Ministerio Fiscal, en el que, además de indicar dicha circunstancia, se hará una valoración de la situación en la que queda el menor.

6. Una copia de los informes de seguimiento y final al que aluden los apartados anteriores se remitirá también al letrado que acredite ser el defensor del menor y lo solicite de forma expresa a la entidad pública.

Artículo 14. Incumplimientos.

La entidad pública comunicará al juez de menores y al Ministerio Fiscal a los efectos, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, los incumplimientos siguientes de los que tenga constancia:

a) En las medidas de internamiento y de permanencia de fin de semana en un centro: la fuga del centro, el no retorno en la fecha o la hora indicadas después de una salida autorizada y la no presentación en el centro el día o la hora señalados para el cumplimiento de las permanencias establecidas.

b) En la medida de permanencia de fin de semana en el domicilio: la no presentación en su domicilio y la ausencia no autorizada del domicilio, durante los días y horas establecidos de permanencia, así como el no retorno a éste para continuar el cumplimiento de la medida después de una salida autorizada.

c) En las medidas no privativas de libertad, la falta de presentación a las entrevistas a las que el menor haya sido citado para elaborar el programa de ejecución y el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, conforman el contenido de cada medida.

Además, la entidad pública comunicará a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el incumplimiento de las medidas de internamiento y de permanencia de fin de semana

en un centro a que se refiere el párrafo *a*), así como de las medidas de permanencia de fin de semana en el domicilio prevista en el párrafo *b*). Asimismo, se pondrá en conocimiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el ingreso del menor en el centro en los términos previstos en el artículo 31.2 cuando se hubiese solicitado su búsqueda.

Artículo 15. Revisión de la medida por conciliación.

1. Si durante la ejecución de la medida, el menor manifestara su voluntad de conciliarse con la víctima o perjudicado, o de repararles por el daño causado, la entidad pública informará al juzgado de menores y al Ministerio Fiscal de dicha circunstancia, realizará las funciones de mediación correspondientes entre el menor y la víctima e informará de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento al juez y al Ministerio Fiscal, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Si la víctima fuera menor deberá recabarse autorización del juez de menores en los términos del artículo 19.6 de la citada Ley Orgánica.

2. Las funciones de mediación llevadas a cabo con menores internados no podrán suponer una alteración del régimen de cumplimiento de la medida impuesta, sin perjuicio de las salidas que para dicha finalidad pueda autorizar el juzgado de menores competente.

Sección 2.ª Reglas específicas para la ejecución de determinadas medidas no privativas de libertad

Artículo 16. Tratamiento ambulatorio.

1. Para elaborar el programa individualizado de ejecución de la medida, la entidad pública designará el centro, el servicio o la institución más adecuada a la problemática detectada, objeto del tratamiento, entre los más cercanos al domicilio del menor en los que exista plaza disponible.

2. Los especialistas o facultativos correspondientes elaborarán, tras examinar al menor, un programa de tratamiento que se adjuntará al programa individualizado de ejecución de la medida que elabore el profesional designado por la entidad pública.

3. En dicho programa de tratamiento se establecerán las pautas sociosanitarias recomendadas, los controles que ha de seguir el menor y la periodicidad con la que ha de asistir al centro, servicio o institución designada, para su tratamiento, seguimiento y control.

4. Cuando el tratamiento tenga por objeto la deshabitación del consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y el menor no preste su consentimiento para iniciarlo o, una vez iniciado, lo abandone o no se someta a las pautas sociosanitarias o a los controles establecidos en el programa de tratamiento aprobado, la entidad pública no iniciará el tratamiento o lo suspenderá y lo pondrá en conocimiento del juez de menores a los efectos oportunos.

Artículo 17. Asistencia a un centro de día.

1. Para elaborar el programa individualizado de ejecución de la medida, la entidad pública designará el centro de día más adecuado, entre los más cercanos al domicilio del menor en los que exista plaza disponible.

2. El profesional designado por la entidad pública, en coordinación con dicho centro, se entrevistará con el menor para evaluar sus necesidades y elaborar el programa de ejecución, en el que constarán las actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio que el menor realizará, la periodicidad de la asistencia al centro de día y el horario de asistencia, que deberá ser compatible con su actividad escolar si está en el período de la enseñanza básica obligatoria y, en la medida de lo posible, con su actividad laboral.

3. A los efectos de lo establecido en este artículo tendrán la condición de centro de día los recursos incluidos en la red de servicios sociales de cada Comunidad Autónoma, siempre que se encuentren plenamente integrados en la comunidad y sean adecuados a la finalidad de la medida.

Artículo 18. *Libertad vigilada.*

1. Una vez designado el profesional encargado de la ejecución de la medida y notificada la designación al juzgado de menores, se entrevistará con el menor al efecto de elaborar el programa individualizado de ejecución de la medida.

2. En el programa individualizado de ejecución de la medida, el profesional expondrá la situación general detectada, los aspectos concretos referentes a los ámbitos personal, familiar, social, educativo, formativo o laboral en los que se considera necesario incidir, así como las pautas socioeducativas que el menor deberá seguir para superar los factores que determinaron la infracción cometida. También propondrá la frecuencia mínima de las entrevistas con el menor, que posibiliten el seguimiento y el control de la medida, sin perjuicio de otras que puedan mantener el profesional y el menor en el curso de la ejecución, cuando el primero las considere necesarias.

3. Si con la medida se hubiera impuesto al menor alguna regla de conducta que requiera para su cumplimiento un programa o recurso específico, éste se elaborará o designará por la entidad pública y se adjuntará al programa individualizado de ejecución de la medida.

4. Lo dispuesto en este artículo será también de aplicación para la ejecución del período de libertad vigilada previsto en los artículos 7.2, 9.5.^a, 40.2.c) y apartado 2.c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Artículo 19. *Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.*

1. Para la ejecución de la medida, la entidad pública seleccionará la persona, familia o grupo educativo que considere más idóneo, entre los que se hayan ofrecido y acepten voluntariamente la convivencia. En el proceso de selección se escuchará necesariamente al menor y, cuando sea el caso, a sus representantes legales.

2. La persona o personas que integren la familia o grupo educativo, que acepten convivir con el menor, deberán estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles, no estar incurso en alguna de las causas de inhabilidad establecidas para los tutores en el Código Civil y tener unas condiciones personales, familiares y económicas adecuadas, a criterio de la entidad pública, para orientar al menor en su proceso de socialización.

3. Una vez hechas las entrevistas pertinentes, el profesional designado elaborará el programa individualizado de ejecución de la medida en el que deberá constar la aceptación expresa de la convivencia por la persona, familia o grupo educativo seleccionado, la predisposición mostrada por el menor para la convivencia y, en su caso, la opinión de los representantes legales.

4. La inexistencia de persona, familia o grupo educativo idóneo que acepte la convivencia se pondrá en conocimiento inmediato del juez de menores. Igualmente, se comunicará el desistimiento de la persona, familia o grupo educativo de la aceptación de la convivencia, una vez iniciada la ejecución de la medida.

5. La persona, familia o grupo educativo que asuma la convivencia adquirirá las obligaciones civiles propias de la guarda y deberá colaborar con el profesional designado en el seguimiento de la medida.

6. Durante la ejecución de la medida, el menor conservará el derecho de relacionarse con su familia, salvo que haya una prohibición judicial expresa.

Artículo 20. *Prestaciones en beneficio de la comunidad.*

1. La entidad pública es la responsable de proporcionar las actividades de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad, para la ejecución de la medida, sin perjuicio de los convenios o acuerdos de colaboración que al efecto haya suscrito con otras entidades públicas, o privadas sin ánimo de lucro.

2. Las actividades a las que hace referencia el apartado anterior reunirán las condiciones siguientes:

- a) Han de tener un interés social o realizarse en beneficio de personas en situación de precariedad.
- b) Estarán relacionadas, preferentemente, con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor.
- c) No podrán atentar a la dignidad del menor.
- d) No estarán supeditadas a la consecución de intereses económicos.

3. Las prestaciones del menor no serán retribuidas, pero podrá ser indemnizado por la entidad a beneficio de la cual se haga la prestación por los gastos de transporte y, en su caso, de manutención, salvo que estos servicios los preste dicha entidad o sean asumidos por la entidad pública.

4. Durante la prestación de la actividad, el menor que tenga la edad legal requerida gozará de la misma protección prevista en materia de Seguridad Social para los sometidos a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad por la legislación penitenciaria y estará protegido por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales. Al menor que no tenga dicha edad, la entidad pública le garantizará una cobertura suficiente por los accidentes que pudiera padecer durante el desempeño de la prestación y una protección que, en ningún caso, será inferior a la regulada por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales.

5. Cada jornada de prestaciones no podrá exceder de cuatro horas diarias si el menor no alcanza los dieciséis años, ni de ocho horas si es mayor de dicha edad.

6. La determinación de la duración de las jornadas, el plazo de tiempo en el que deberán cumplirse y la ejecución de esta medida estará regida por el principio de flexibilidad a fin de hacerla compatible, en la medida de lo posible, con las actividades diarias del menor. En ningún caso, la realización de las prestaciones podrá suponer la imposibilidad de la asistencia al centro docente si el menor se encuentra, en el período de la enseñanza básica obligatoria.

7. El profesional designado se entrevistará con el menor para conocer sus características personales, sus capacidades, sus obligaciones escolares o laborales y su entorno social, personal y familiar, con la finalidad de determinar la actividad más adecuada. En esta entrevista, le ofertará las distintas plazas existentes con indicación expresa de su contenido y los horarios posibles de realización.

8. El programa individualizado de ejecución de la medida elaborado por el profesional deberá contener las actividades a realizar, su cometido, el beneficiario, el lugar de realización, la persona responsable de la actividad, el número de horas de cada jornada, el horario y el consentimiento expreso del menor a realizar dichas actividades en las condiciones establecidas.

9. Si el menor no aceptara las actividades propuestas o sus condiciones de realización y no hubiera otras actividades disponibles adecuadas a sus aptitudes personales o no se pudieran variar las condiciones, el profesional designado lo pondrá en conocimiento inmediato del juez de menores a los efectos oportunos.

Artículo 21. *Realización de tareas socioeducativas.*

1. El profesional designado, después de entrevistarse con el menor para conocer sus características personales, su situación y sus necesidades, elaborará el programa individualizado de ejecución de la medida en el que expondrá las tareas específicas de carácter formativo, cultural y educativo que debe realizar el menor, encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social, el lugar donde se realizarán y el horario de realización, que deberá ser compatible con el de la actividad escolar si el menor se encuentra en el período de la enseñanza básica obligatoria y, en la medida de lo posible, con su actividad laboral.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior será de aplicación para la ejecución de la actividad socioeducativa prevista en el artículo 40.2.c) de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Artículo 22. *Medidas cautelares.*

Cuando al menor se le impongan las medidas cautelares de libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, previstas en el artículo 28 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, serán de aplicación las reglas descritas en los artículos 18 y 19, respectivamente, de este Reglamento, para su ejecución, respetando, no obstante, el principio de presunción de inocencia.

Sección 3.ª Reglas específicas para la ejecución de las medidas privativas de libertad

Artículo 23. *Regímenes de internamiento.*

Los menores cumplirán la medida de internamiento en el régimen acordado en resolución motivada por el juez de menores, de acuerdo con lo establecido en los párrafos a), b) y c) del artículo 7.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Artículo 24. *Internamiento en régimen cerrado.*

Los menores sometidos a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en éste las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio, planificadas en el programa individualizado de ejecución de la medida.

Artículo 25. *Internamiento en régimen semiabierto.*

1. Los menores en régimen semiabierto residirán en el centro, pero realizarán fuera de éste alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio, establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. Este programa podrá establecer un régimen flexible que deje a la entidad pública un margen de decisión para su aplicación concreta.

2. La actividad o actividades que se realicen en el exterior se ajustarán a los horarios y condiciones establecidos en el programa individualizado de ejecución de la medida, sin perjuicio de que, en función de la evolución personal del menor, la entidad pública pueda aumentar o disminuir las actividades en el exterior o los horarios, siempre dentro del margen establecido en el propio programa.

Artículo 26. *Internamiento en régimen abierto.*

1. Los menores sujetos a esta medida llevarán a cabo en los servicios normalizados del entorno todas las actividades de carácter escolar, formativo y laboral establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida, residiendo en el centro como domicilio habitual.

2. Las actividades en el exterior se llevarán a cabo conforme a los horarios y condiciones de realización establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida.

3. En general, el tiempo mínimo de permanencia en el centro será de ocho horas, y el menor deberá pernoctar en éste. No obstante, cuando el menor realice en el exterior una actividad formativa o laboral cuyas características lo requieran, la entidad pública podrá proponer al juzgado de menores la posibilidad de no pernoctar en el centro durante un período determinado de tiempo y acudir a éste solamente con la periodicidad concreta establecida, para realizar actividades determinadas del programa individualizado de ejecución de la medida, entrevistas y controles presenciales.

4. Cuando la entidad pública entienda que las características personales del menor y la evolución de la medida de internamiento en régimen abierto lo aconsejan, podrá proponer al juzgado de menores que aquella continúe en viviendas o instituciones de carácter familiar ubicadas fuera del recinto del centro, bajo el control de dicha entidad.

Artículo 27. *Internamiento terapéutico.*

1. Los menores sometidos a esta medida residirán en el centro designado para recibir la atención educativa especializada o el tratamiento específico de la anomalía o alteración psíquica, dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad, que padezcan, de acuerdo con el programa de ejecución de la medida elaborado por la entidad pública.

2. Los especialistas o facultativos correspondientes elaborarán un programa de tratamiento de la problemática objeto del internamiento, con las pautas sociosanitarias recomendadas y, en su caso, los controles para garantizar el seguimiento, que formará parte del programa individualizado de ejecución de la medida que elabore la entidad pública.

3. Cuando el tratamiento tenga por objeto la deshabitación del consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas y el menor no preste su consentimiento para iniciarlo o para someterse a los controles de seguimiento estable-

cidos o, una vez iniciado, lo abandone o rechace someterse a los controles, la entidad pública no iniciará el tratamiento o lo suspenderá y lo pondrá en conocimiento del juez de menores a los efectos oportunos.

4. Cuando la entidad pública, en atención al diagnóstico realizado por los facultativos correspondientes o a la evolución en la medida considere que lo más adecuado es el internamiento en un centro sociosanitario, lo solicitará al juez de menores.

Artículo 28. *Permanencia de fin de semana.*

1. Una vez recibido en la entidad pública el testimonio de la resolución firme con el número de fines de semana impuestos y las horas de permanencia de cada fin de semana, el profesional designado se entrevistará con el menor al efecto de elaborar el programa individualizado de ejecución de la medida, en el que deberán constar las fechas establecidas para el cumplimiento de las permanencias, los días concretos de cada fin de semana en los que se ejecutará la medida y la distribución de las horas entre los días de permanencia, así como el lugar donde se cumplirá la medida.

2. El profesional designado también propondrá las tareas socioeducativas que deberá realizar el menor, de carácter formativo, cultural o educativo, el lugar donde se realizarán y el horario de realización.

3. Una vez aprobado el programa individualizado de ejecución de la medida por el juez de menores, la entidad pública lo pondrá en conocimiento del menor con indicación de la fecha en la que se dará inicio al cumplimiento de la medida, en el domicilio o en el centro designado, el lugar donde deberá presentarse para realizar las tareas socioeducativas asignadas y el horario de éstas.

Artículo 29. *Internamiento cautelar.*

1. Los menores a los que se aplique la medida de internamiento cautelar en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, ingresarán en el centro designado por la entidad pública, en el régimen de internamiento que el juez haya establecido y les será de aplicación, en función de dicho régimen, lo dispuesto en los artículos anteriores de este capítulo.

2. No obstante, para salvaguardar y respetar el principio de presunción de inocencia, el programa individualizado de ejecución de la medida se sustituirá por un modelo individualizado de intervención que deberá contener una planificación de actividades adecuadas a sus características y circunstancias personales, compatible con el régimen de internamiento y su situación procesal. Dicho modelo individualizado de intervención deberá someterse a la aprobación del juez de menores, conforme a lo previsto en el artículo 44 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Artículo 30. *Normativa de funcionamiento interno.*

1. Todos los centros se regirán por una normativa de funcionamiento interno, cuyo cumplimiento tendrá como finalidad la consecución de una convivencia ordenada, que permita la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los menores internados, y asegurar la igualdad de trato a todos los menores, prestando especial atención a aquellos que presenten alguna discapacidad.

2. Serán normas de convivencia comunes a todos los centros las siguientes:

a) El menor internado ocupará, como norma general, una habitación individual. No obstante, si no existen razones de tratamiento, médicas o de orden y seguridad que lo desaconsejen, se podrán compartir los dormitorios, siempre que éstos reúnan las condiciones suficientes y adecuadas para preservar la intimidad. En todo caso, cada menor dispondrá de un lugar adecuado para guardar sus pertenencias.

b) El menor internado tiene derecho a vestir su propia ropa, siempre que sea adecuada a la disciplina y orden interno del centro, u optar por la que le facilite el centro que deberá ser correcta, adaptada a las condiciones climatológicas y desprovista de cualquier elemento que pueda afectar a su dignidad o que denote, en sus salidas al exterior, su condición de internado. Por razones médicas o higiénicas se podrá ordenar la inutilización de las ropas y efectos contaminantes propiedad de los menores internados.

c) El menor podrá conservar en su poder el dinero y los objetos de valor de su propiedad si la dirección del centro o el órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa lo autoriza en cada caso de forma expresa. Los que no sean autorizados han de ser retirados y conservados en lugar seguro por el centro, con el resguardo previo correspondiente, y devueltos al menor en el momento de su salida del centro. También podrán ser entregados a los representantes legales del menor.

d) En cada centro ha de haber una lista de objetos y sustancias cuya tenencia en el centro se considera prohibida por razones de seguridad, orden o finalidad del centro. Si se encontraran a los menores internados drogas tóxicas, armas u otros objetos peligrosos, se pondrán a disposición de la fiscalía o del juzgado competente. En todo caso, se consideran objetos o sustancias prohibidos:

- 1.º Las bebidas alcohólicas.
- 2.º Las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.
- 3.º Cualquier otro producto o sustancia tóxica.
- 4.º Dinero de curso legal en cuantía que supere lo establecido en la norma de régimen interior del centro.
- 5.º Cualquier material o utensilio que pueda resultar peligroso para la vida o la integridad física o la seguridad del centro.
- 6.º Aquellos previstos por la normativa de funcionamiento interno de los centros.

e) En todos los centros habrá un horario por el que se regulen las diferentes actividades y el tiempo libre. Dicho horario ha de garantizar un mínimo de ocho horas diarias de descanso nocturno y, siempre que sea posible, dos horas al aire libre.

f) Todos los menores observarán las normas higiénicas, sanitarias y sobre vestuario y aseo personal que se establezcan en la normativa de funcionamiento interno del centro. También estarán obligados a realizar las prestaciones no retribuidas que se establezcan en dicha normativa para mantener el buen orden y la limpieza del centro, que, en ningún caso, tendrán la condición de actividad laboral.

g) Los incumplimientos de deberes podrán ser objeto de corrección educativa siempre que no tengan como fundamento la seguridad y el buen orden del centro. En este caso, si la conducta también fuese constitutiva de una infracción disciplinaria por atentar a la seguridad y al buen orden del centro, podrá ser objeto de la correspondiente sanción, que en ningún caso podrá extenderse al fundamento o motivo de la corrección educativa.

Artículo 31. *Ingreso en el centro.*

1. El ingreso de un menor en un centro sólo se podrá realizar en cumplimiento de un mandamiento de internamiento cautelar o de una sentencia firme adoptada por la autoridad judicial competente.

2. También podrá ingresar por presentación voluntaria el menor sobre el que se haya dictado un mandamiento de internamiento cautelar o una sentencia firme de internamiento pendiente de ejecutar, el menor evadido de un centro y el no retornado a éste después de una salida autorizada.

En estos casos, el director del centro recabará del juez de menores, dentro de las veinticuatro horas siguientes al ingreso, el correspondiente mandamiento, así como, en su caso, el testimonio de sentencia y liquidación de condena. Cuando se trate de internos evadidos que decidiesen voluntariamente reingresar en un centro distinto del originario, se solicitará del centro del que se hubiesen evadido los datos necesarios de su expediente personal, sin perjuicio de lo que se determine en relación con su traslado.

Artículo 32. *Trámites después del ingreso.*

1. Una vez ingresado el menor en el centro, se procurará que el procedimiento de ingreso se lleve a cabo con la máxima intimidad posible y que durante el período de adaptación cuente con el apoyo técnico necesario para reducir los efectos negativos que la situación de internamiento pueda representar para él.

2. En todos los centros se llevará un registro autorizado por la entidad pública en el que han de constar los datos de identidad de los menores internados, la fecha y hora de los ingresos, traslados y puestas en libertad, sus motivos, las autoridades judiciales que los acuerden y los datos del letrado del menor.

3. El ingreso del menor será comunicado al juzgado de menores que lo haya ordenado, al Ministerio Fiscal y a los representantes legales del menor o, en su defecto, a la persona que el menor designe. Tratándose de menor de edad extranjero, el ingreso se pondrá en conocimiento de las autoridades consulares de su país cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales.

4. En el momento del ingreso, el menor, sus ropas y enseres personales podrán ser objeto de registro, de conformidad con lo establecido en el artículo 54.5, retirándose los enseres y objetos no autorizados y los prohibidos. También se adoptarán las medidas de higiene personal necesarias y se entregarán al menor las prendas de vestir que precise.

5. Todos los menores internados serán examinados por un médico en el plazo más breve posible y siempre antes de veinticuatro horas. Del resultado se dejará constancia en la historia clínica individual que deberá serle abierta en ese momento. A estos datos solamente tendrá acceso el personal que autorice expresamente la entidad pública, el Ministerio Fiscal o el juez de menores.

6. Los menores recibirán, en el momento de su ingreso en el centro, información escrita sobre sus derechos y obligaciones, el régimen de internamiento en el que se encuentran, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos. La información se les facilitará en un idioma que entiendan. A los que tengan cualquier género de dificultad para comprender el contenido de esta información, se les explicará por otro medio adecuado.

Artículo 33. *Grupos de separación interior.*

1. Los centros estarán divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados y se regirán por una normativa de funcionamiento interno cuyo cumplimiento tendrá como finalidad la consecución de una convivencia ordenada, que permita la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los menores internados.

2. Los menores que por cualquier circunstancia personal requieran de una protección especial estarán separados de aquellos que les puedan poner en situación de riesgo o de peligro mediante su traslado bien a otro módulo del mismo centro, bien a otro centro, previa autorización del juez de menores en este último caso.

Artículo 34. *Internamiento de madres con hijos menores.*

1. Las menores internadas podrán tener en su compañía, dentro del centro, a sus hijos menores de tres años, siempre y cuando:

- a) En el momento del ingreso o una vez ingresada, la madre lo solicite expresamente a la entidad pública o a la dirección del centro.
- b) Se acredite fehacientemente la filiación.
- c) A criterio de la entidad pública, dicha situación no entrañe riesgo para los hijos.
- d) Lo autorice el juez de menores.

2. Los posibles conflictos que surjan entre los derechos del hijo y los de la madre originados por el internamiento en el centro se resolverán por el juez de menores, con independencia de lo que acuerde respecto al hijo la autoridad competente.

3. Admitido el niño en el centro de internamiento, deberá ser reconocido por el médico del centro y, salvo que éste dispusiera otra cosa, pasará a ocupar con su madre la habitación que se le asigne, que será, en todo caso, individual y acondicionada a las necesidades del niño.

Artículo 35. *Traslados.*

1. El menor internado podrá ser trasladado a un centro de una Comunidad Autónoma diferente a la del juzgado de menores que haya dictado la resolución de internamiento, previa autorización de éste, en los casos siguientes:

- a) Cuando quede acreditado que el domicilio del menor o el de sus representantes legales se encuentra en dicha Comunidad Autónoma.
- b) Cuando la entidad pública competente proponga el internamiento en un centro de otra Comunidad Autónoma distinta, con la que haya establecido el correspondiente acuerdo de colaboración, fundamentado en el interés del menor de alejarlo de su entorno familiar y social, durante el tiempo que subsista dicho interés.
- c) Cuando la entidad pública competente, por razones temporales de plena ocupación de sus centros o por otras causas, carezca de plaza disponible adecuada al régimen o al tipo de internamiento impuesto y disponga de plaza en otra Comunidad Autónoma con la que haya establecido el correspondiente acuerdo de colaboración, mientras se mantenga dicha situación.

2. No se podrá trasladar al menor fuera del centro si no se recibiera orden o autorización del juez de menores a cuya disposición se encuentre, conforme a lo previsto en el artículo 46.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

3. El traslado del menor a una institución o centro hospitalario por razones de urgencia no requerirá la previa autorización del juzgado de menores competente, sin perjuicio de su comunicación inmediata al juez.

4. Las salidas de los menores internados para la práctica de diligencias procesales se harán previa orden del órgano judicial correspondiente. Dichas salidas se comunicarán por la entidad pública al juzgado de menores competente, si no fuera éste quien las hubiera ordenado.

5. De conformidad con lo previsto en la disposición adicional única, el director del centro podrá solicitar a la autoridad competente que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad lleven a cabo los desplazamientos, conducciones y traslados del menor cuando exista un riesgo fundado para la vida o la integridad física de las personas o para los bienes.

En todo caso, los desplazamientos, conducciones y traslados se realizarán respetando la dignidad, la seguridad y la intimidad de los menores.

Artículo 36. Adopción y cumplimiento de la decisión sobre la libertad del menor.

1. La libertad de los menores internados solamente podrá ser acordada por resolución de la autoridad judicial competente remitida a la entidad pública o por cumplimiento de la fecha aprobada por el juez en la liquidación de la medida.

2. La entidad pública ejecutará inmediatamente el mandamiento de libertad, excepto cuando hechas las comprobaciones pertinentes el menor haya de permanecer internado por estar sujeto a otras responsabilidades.

3. La ejecución del mandamiento de libertad se pondrá en conocimiento del juez de menores competente. Cuando el mandamiento de libertad se refiera a un menor de edad, el centro lo comunicará inmediatamente a sus representantes legales para que se hagan cargo de él y, de no ser localizados, se pondrá a disposición de la entidad pública de protección de menores a los efectos oportunos.

Artículo 37. Asistencia escolar y formativa.

1. La entidad pública y el organismo que en el respectivo territorio tenga atribuida la competencia en la materia adoptarán las medidas oportunas para garantizar el derecho de los menores internados a recibir la enseñanza básica obligatoria que legalmente le corresponda, cualquiera que sea su situación en el centro. También facilitarán a los menores el acceso a los otros estudios que componen los diferentes niveles del sistema educativo y otras enseñanzas no regladas que contribuyan a su desarrollo personal y sean adecuadas a sus circunstancias.

2. Al efecto de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el menor no pueda asistir a los centros docentes de la zona a causa del régimen o tipo de internamiento impuesto, la entidad pública y el organismo competente en la materia arbitrarán los medios necesarios para que pueda recibir la enseñanza correspondiente en el centro de internamiento.

3. El organismo que en el territorio de residencia del menor tenga atribuidas las competencias en materia de educación garantizará la incorporación inmediata del menor que haya sido puesto en libertad y que se encuentre en el período de la enseñanza básica obligatoria al centro docente que le corresponda. Con esta finalidad, la

entidad pública comunicará esta circunstancia y la documentación escolar correspondiente al citado organismo.

4. Los certificados y diplomas de estudio, expediente académico y libros de escolaridad no han de indicar, en ningún caso, que se han tramitado o conseguido en un centro para menores infractores.

Artículo 38. *Asistencia sanitaria.*

1. La entidad pública y el organismo que en el respectivo territorio tengan atribuida la competencia en la materia adoptarán las medidas oportunas para garantizar el derecho de los menores internados a la asistencia sanitaria gratuita reconocida por la Ley.

2. La entidad pública adoptará las medidas oportunas para que se dispense a los menores internados la asistencia sanitaria en los términos y con las garantías previstos en la legislación aplicable, incluida la realización de pruebas analíticas para la detección de enfermedades infecto-contagiosas que pudieran suponer un peligro para la salud o la vida del propio menor o de terceras personas.

3. Se dará conocimiento al juez de menores competente y, en su caso, al representante legal del menor de las intervenciones médicas que se le efectúen.

4. Cuando a criterio facultativo se precise el ingreso del menor en un centro hospitalario y no se cuente con la autorización del menor, o de su representante legal, la entidad pública solicitará al juez de menores competente la autorización del ingreso, salvo en caso de urgencia en que la comunicación al juez se hará posteriormente de forma inmediata.

5. La entidad pública permitirá que se facilite al menor información sobre su estado de salud de forma adecuada a su grado de comprensión. Dicha información también será puesta en conocimiento de su representante legal.

6. De conformidad con lo previsto en la disposición adicional única, el director del centro en el que se encuentre internado el menor podrá solicitar a la autoridad competente que la vigilancia y custodia del menor, durante su permanencia en el centro sanitario, se lleve a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando exista riesgo fundado para la vida o la integridad física de las personas o para las instalaciones sanitarias.

Artículo 39. *Asistencia religiosa.*

1. Todos los menores internados tendrán derecho a dirigirse a una confesión religiosa registrada, de conformidad con lo previsto por la legislación vigente.

2. Ningún menor internado podrá ser obligado a asistir o participar en los actos de una confesión religiosa.

3. La entidad pública facilitará que los menores puedan respetar la alimentación, los ritos y las fiestas de su propia confesión, siempre que sea compatible con los derechos fundamentales de los otros internos y no afecte a la seguridad del centro y al desarrollo de la vida en el centro.

Artículo 40. *Comunicaciones y visitas de familiares y de otras personas.*

1. Los menores internados tienen derecho a comunicarse libremente de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus padres, representantes legales, familiares u otras personas, y a recibir sus visitas, dentro del horario establecido por el centro.

Como mínimo, se autorizarán dos visitas por semana, que podrán ser acumuladas en una sola.

2. Además de las comunicaciones y visitas ordinarias establecidas en el apartado anterior, el director del centro o el órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa podrá conceder otras de carácter extraordinario o fuera del horario establecido, por motivos justificados o como incentivo a la conducta y buena evolución del menor.

3. Los familiares deberán acreditar el parentesco con los menores internados en el momento de la visita, y los visitantes que no sean familiares habrán de obtener la autorización previa del director del centro para poder comunicarse con el menor o visitarle. Cuando el comunicante o visitante sea menor de edad no emancipado, deberá contar con la autorización de su representante legal.

4. El horario de visitas será suficiente para permitir una comunicación de cuarenta minutos de duración como mínimo. No podrán visitar al menor más de cuatro personas simultáneamente, salvo que las normas de funcionamiento interno del centro o el director del mismo, por motivos justificados, autoricen la presencia de más personas.

Al menos una vez al mes, podrá tener lugar una visita de convivencia familiar por un tiempo no inferior a tres horas.

5. Los visitantes y comunicantes no podrán ser portadores, durante la visita o la comunicación, de bolsos o paquetes ni de objetos o sustancias prohibidas por las normas del centro. Los visitantes deberán pasar los controles de identidad y seguridad establecidos por el centro, incluido el registro superficial de su persona, que se llevará a cabo según lo establecido en el artículo 54.5.c). En caso de negativa del visitante a someterse a dichos controles, el director del centro podrá denegar la comunicación o la visita, poniéndolo en conocimiento del juez de menores competente.

6. El director del centro ordenará la suspensión temporal o terminación de cualquier visita cuando en su desarrollo se produzcan amenazas, coacciones, agresiones verbales o físicas, se advierta un comportamiento incorrecto, existan razones fundadas para creer que el interno o los visitantes puedan estar preparando alguna actuación delictiva o que atente contra la convivencia o la seguridad del centro, o entienda que los visitantes pueden perjudicar al menor porque afecten negativamente al desarrollo integral de su personalidad.

7. Cuando se considere que las comunicaciones previstas en este artículo perjudican o pueden perjudicar al menor porque afecten negativamente a su derecho fundamental a la educación y al desarrollo integral de su personalidad, el director del centro lo pondrá en conocimiento del juez de menores competente, sin perjuicio de suspender cautelarmente este derecho a la comunicación hasta tanto éste resuelva, oídos el Ministerio Fiscal y el equipo técnico. También podrá el director suspender cautelarmente el derecho de comunicación cuando, en atención a la seguridad y buena convivencia en el centro, se aprecie razonadamente la concurrencia de peligro grave y cierto para éstas.

En ambos casos, la suspensión cautelar acordada por el director debe ser comunicada de manera inmediata al juez de menores.

8. Los menores que durante un plazo superior a un mes no disfruten de ninguna salida de fin de semana o de permisos ordinarios de salida tendrán derecho, previa solicitud al centro, a comunicaciones íntimas con su cónyuge o con persona ligada por análoga relación de afectividad, siempre que dicha relación quede acreditada. Como mínimo se autorizará una comunicación al mes, de una duración mínima de una hora. Estas comunicaciones se llevarán a cabo en dependencias adecuadas del centro y respetando al máximo la intimidad de los comunicantes.

9. En todos los centros se llevará un libro de visitas en el que queden registrados la fecha de la visita, el nombre del interno, el nombre del visitante, su dirección y documento nacional de identidad, así como el parentesco o relación que tiene con el interno.

Artículo 41. Comunicaciones con el juez, el Ministerio Fiscal, el abogado y con otros profesionales y autoridades.

1. Los menores internados tienen derecho a comunicarse reservadamente, en local apropiado, con sus abogados y procuradores, con el juez de menores competente, con el Ministerio Fiscal y con los servicios de inspección de centros de internamiento.

2. Tendrán derecho, igualmente, a comunicarse reservadamente con otros profesionales acreditados y ministros de su religión para la realización de las funciones propias de su profesión o ministerio.

El menor solicitará la presencia de tales profesionales o ministros al director del centro o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa, dentro de los horarios que establezca la entidad pública o acuerde el director en cada caso, previa acreditación de su identidad y condición profesional y autorización del director del centro.

3. Los menores extranjeros se podrán comunicar, en locales apropiados y dentro de los horarios establecidos, con los representantes diplomáticos o consulares de su país o con las personas que las respectivas embajadas o consulados indiquen, previa acreditación y autorización del director del centro o del órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

4. El menor podrá realizar la solicitud de comunicación con las personas relacionadas en los apartados anteriores directamente por escrito. También podrá manifestar al director del centro, verbalmente o por escrito, la solicitud de comunicación, el cual dará traslado de ésta de forma inmediata a su destinatario y, en todo caso, dentro de las veinticuatro horas siguientes.

5. El lugar, el día y la hora para la comunicación telefónica o personal del menor con el juez de menores o con el Ministerio Fiscal serán los que éstos determinen. La comunicación telefónica o personal con el abogado o con las personas responsables de la inspección de centros se llevará a cabo en el centro en la fecha que éstos requieran.

6. En el momento de la visita, el abogado o el procurador presentarán al director del centro o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa el carné profesional que los acredite como tales, además de la designación o documento en el que consten como defensor o representante del menor en las causas que se sigan contra él o por las cuales estuviera internado. Las comunicaciones del menor con su abogado o procurador no podrán ser suspendidas, en ningún caso, por decisión administrativa. Solamente podrán ser suspendidas previa orden expresa de la autoridad judicial.

7. Las comunicaciones de los menores con el Defensor del Pueblo, sus Adjuntos o delegados, o con instituciones análogas de las Comunidades Autónomas, autoridades judiciales y miembros del Ministerio Fiscal, se llevarán a cabo en locales adecuados y en el horario que éstos estimen oportuno.

8. Las comunicaciones previstas en este artículo no podrán ser suspendidas ni ser objeto de intervención, restricción o limitación administrativa de ningún tipo.

9. Todas las autoridades y funcionarios a que hace mención este artículo deberán acreditarse convenientemente al personal de seguridad del centro.

Artículo 42. *Comunicaciones telefónicas.*

1. Los menores podrán efectuar y recibir comunicaciones telefónicas de sus padres, representantes legales y familiares, dentro del horario establecido en el centro. Para recibir y efectuar comunicaciones con otras personas o fuera del horario establecido, se requerirá la previa autorización del director.

2. El número mínimo de llamadas que podrán efectuar los menores será el de dos por semana con derecho a una duración mínima de diez minutos. El abono de las llamadas correrá a cargo del menor internado, de acuerdo con las tarifas vigentes, salvo que la entidad pública establezca lo contrario en atención a las circunstancias del menor o al objeto de la llamada.

Artículo 43. *Comunicaciones escritas.*

1. Los menores podrán enviar y recibir correspondencia libremente, sin ningún tipo de censura, salvo prohibición expresa del juez, acordada en el correspondiente expediente conforme a los preceptos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

2. Toda la correspondencia que expidan y reciban los internos será registrada con indicación del nombre del interno remitente o destinatario y la fecha correspondiente en el libro que para tal fin se llevará en el centro.

3. La recepción de correspondencia dirigida a los menores internados se llevará a cabo previa comprobación de la identidad de quien la deposita. La correspondencia de entrada será entregada a su destinatario, quien la abrirá en presencia del personal del centro, con el único fin de controlar que su interior no contiene objetos o sustancias prohibidas.

4. Los menores deberán cerrar la correspondencia que envíen en presencia del personal designado por la dirección del centro, con la única finalidad de comprobar que no contiene objetos y sustancias prohibidos o que no les pertenecen legítimamente.

Artículo 44. *Paquetes y encargos.*

Los menores podrán enviar y recibir paquetes sin ningún tipo de limitación, salvo prohibición expresa del juez. El contenido de los que se pretendan enviar o el de los recibidos será revisado en su presencia para comprobar que lo enviado pertenece legítimamente al menor y para evitar, en los recibidos, la entrada de objetos o sustancias prohibidos o en deficientes condiciones higiénicas.

La recepción de paquetes dirigidos a los menores internados se llevará a cabo previa comprobación de la identidad de quien lo deposita.

Artículo 45. *Permisos de salida ordinarios.*

1. Los menores internados por sentencia en régimen abierto o semiabierto podrán disfrutar de permisos de salida ordinarios, siempre que concurren los requisitos que se establecen en este artículo.

2. Los permisos ordinarios serán de un máximo de sesenta días por año para los internados en régimen abierto y de un máximo de cuarenta días por año para los internados en régimen semiabierto, distribuidos proporcionalmente en los dos semestres del año, no computándose dentro de estos topes los permisos extraordinarios, ni las salidas de fin de semana ni las salidas programadas. La duración máxima de cada permiso no excederá nunca de quince días.

3. No obstante, cuando se trate de menores que se encuentren en el período de la enseñanza básica obligatoria, no se podrán conceder permisos ordinarios de salida en días que sean lectivos según el calendario escolar oficial. La distribución a la que hace referencia el apartado anterior se hará en los días en que se interrumpa la actividad escolar.

4. Serán requisitos imprescindibles para la concesión de permisos ordinarios de salida los siguientes:

- a) La petición previa del menor.
- b) Que no se encuentre cumpliendo o pendiente de cumplir sanciones disciplinarias por faltas muy graves o graves impuestas de conformidad con este Reglamento.
- c) Que participe en las actividades previstas en su programa individualizado de ejecución de la medida.
- d) Que se hayan previsto los permisos en el programa individualizado de ejecución de la medida o en sus modificaciones posteriores, aprobados por el juez de menores competente.
- e) Que en el momento de decidir la concesión no se den las circunstancias previstas en el artículo 52.2.
- f) Que no exista respecto del menor internado un pronóstico desfavorable del centro por la existencia de variables cualitativas que indiquen el probable quebrantamiento de la medida, la comisión de nuevos hechos delictivos o una repercusión negativa de la salida sobre el menor desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de ejecución de la medida.

La dirección del centro o el órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa podrá suspender el derecho a la concesión de los permisos ordinarios de salida a un menor internado, dando cuenta de ello al juez de menores cuando concurren las circunstancias previstas en el apartado anterior.

5. La concesión del permiso compete al director del centro o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa, y se disfrutará en las fechas, con la duración y en las condiciones establecidas.

6. De la concesión, o denegación en su caso, del permiso, de las condiciones, duración y fechas de disfrute se dará cuenta al juez de menores competente. Cuando se acuerde denegar o suspender el permiso se notificará al menor, quien podrá recurrir la decisión conforme a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

7. Los menores internados por sentencia firme en régimen cerrado, una vez cumplido el primer tercio del período de internamiento, cuando la buena evolución personal durante la ejecución de la medida lo justifique y ello favorezca el proceso de reinserción social, y cumplan los requisitos establecidos en el apartado 4, podrán disfrutar de hasta doce días de permiso al año, con una duración máxima de hasta cuatro días, cuando el juez de menores competente lo autorice.

Artículo 46. *Salidas de fin de semana.*

1. Podrán disfrutar de salidas de fin de semana los menores internados por sentencia firme en régimen abierto y semiabierto, siempre que concurren los requisitos establecidos en este artículo y en el apartado 4 del artículo anterior.

2. Como norma general, las salidas de fin de semana se disfrutarán desde las 16.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del domingo. Si el viernes o el lunes es festivo, la duración de la salida de fin de semana podrá incrementarse veinticuatro horas más.

3. Los menores internados en régimen abierto podrán disfrutar de salidas todos los fines de semana, salvo que la evolución en el tratamiento aconseje otra frecuencia de salidas y ello se haya comunicado motivadamente al fiscal y al juez de menores competente. Como regla general, los internados en régimen semiabierto podrán disfrutar de una salida al mes hasta cumplir el primer tercio del período de internamiento y de dos salidas al mes durante el resto, salvo que la evolución del menor aconseje otra cosa.

4. La autorización para la salida compete al director del centro o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

5. En estas salidas se podrá establecer que personal del centro u otras personas autorizadas por la entidad pública acompañen al menor, cuando las circunstancias así lo aconsejen.

6. De la autorización de las salidas de fin de semana y de su periodicidad se dará cuenta al juez de menores competente. Asimismo, se les dará cuenta del acuerdo de denegar o suspender el permiso o el derecho a su concesión.

7. Los menores internados por sentencia firme en régimen cerrado, una vez cumplido el primer tercio del período de internamiento, cuando la buena evolución personal durante la ejecución de la medida lo justifique y ello favorezca el proceso de reinserción social, podrán disfrutar de una salida de fin de semana al mes, siempre que cumplan los requisitos de este artículo y el juez de menores competente lo autorice.

Artículo 47. *Permisos extraordinarios.*

1. En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos u otras personas íntimamente vinculadas con los menores o de nacimiento de un hijo, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios, salvo que concurren circunstancias excepcionales que lo impidan.

2. La duración de cada permiso extraordinario vendrá determinada por su finalidad y no podrá exceder de cuatro días.

3. La concesión del permiso compete al director del centro o al órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

4. De la concesión de permisos extraordinarios se dará cuenta al juez de menores competente. Cuando se trate de menores internados en régimen cerrado, será necesaria su autorización expresa.

Artículo 48. *Salidas programadas.*

1. Son salidas programadas aquellas que, sin ser propias del régimen de internamiento abierto o semiabierto, ni constituir permisos ni salidas de fin de semana, organiza el centro para el desarrollo del programa individualizado de ejecución de la medida.

2. Podrán disfrutar de salidas programadas los menores internados en régimen abierto y semiabierto cuando formen parte del programa individualizado de ejecución de la medida.

3. Las salidas programadas se llevarán a cabo preferentemente durante los fines de semana y festivos. También podrán programarse en días laborales siempre que sean compatibles con los horarios de actividades del menor.

4. Como regla general, su duración será inferior a cuarenta y ocho horas, sin perjuicio de que se pueda autorizar otra cosa con carácter excepcional.

5. Los requisitos de concesión y el órgano competente para autorizar la salida serán los establecidos en el artículo 45.

6. Los menores internados por sentencia firme en régimen cerrado, una vez cumplido el primer tercio del período de internamiento, cuando la buena evolución personal durante la ejecución de la medida lo justifique y ello favorezca el proceso de integración social, podrán disfrutar de salidas programadas de acuerdo con lo establecido en este artículo, cuando el juez de menores competente lo autorice.

Artículo 49. Salidas y permisos de menores sometidos a medida cautelar de internamiento.

La autorización de cualquier permiso o salida a los menores sometidos a medida cautelar de internamiento se someterá al mismo régimen que el previsto cuando se imponga por sentencia.

Artículo 50. Salidas y permisos de menores en internamiento terapéutico.

1. Las salidas, permisos y comunicaciones con el exterior de los menores sometidos a internamiento terapéutico se autorizarán, en el marco del programa individual de tratamiento, por el juez de menores en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

2. Las salidas, permisos y comunicaciones con el exterior podrán ser dejadas sin efecto por el juez de menores, conforme prevé el artículo 44 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en cualquier momento, si el menor incumple las condiciones.

Artículo 51. Domicilio durante las salidas y permisos.

1. Los menores de edad deberán estar bajo la responsabilidad de sus padres o representantes legales o de las personas que éstos autoricen durante las salidas y permisos que se hagan en su compañía, designando un domicilio a efectos de comunicaciones.

2. Cuando el menor esté bajo la tutela de la entidad pública de protección de menores, será competencia de dicha entidad determinar las personas o instituciones con las que estará el menor durante los permisos y salidas autorizadas, designándose igualmente un domicilio.

3. Si los padres o representantes legales del menor no estuviesen localizables, se negasen a acogerlos durante las salidas y permisos, o si el menor se negase a estar en su compañía o en la de las personas que aquéllos determinen, el juez de menores competente podrá autorizar el permiso o la salida con otras personas o instituciones conforme prevé el artículo 44 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

4. Los menores que disfruten de salidas o permisos indicarán un domicilio a efectos de poder ser localizados en caso necesario.

Artículo 52. Suspensión y revocación de permisos y salidas.

1. Cuando antes de iniciarse el disfrute de un permiso ordinario, de un permiso extraordinario o de las salidas a los que hacen referencia los artículos 45, 46, 47 y 48 se

produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión, la entidad pública podrá suspenderlos motivadamente. Si el permiso o la salida se hubiese autorizado por el juez de menores, la suspensión tendrá carácter provisional y se pondrá inmediatamente en conocimiento del juez para que resuelva lo que proceda.

2. El permiso o la salida quedará sin efecto desde el momento en que el menor se vea imputado en un nuevo hecho constitutivo de infracción penal.

Artículo 53. *Trabajo.*

1. Los menores internos que tengan la edad laboral legalmente establecida tienen derecho a un trabajo remunerado, dentro de las disponibilidades de la entidad pública, y a las prestaciones sociales que legalmente les correspondan.

2. A estos efectos, la entidad pública llevará a cabo las actuaciones necesarias para facilitar que dichos menores desarrollen actividades laborales remuneradas de carácter productivo, dentro o fuera de los centros, en función del régimen o tipo de internamiento.

3. La relación laboral de los internos que se desarrolle fuera de los centros y esté sometida a un sistema de contratación ordinaria con empresarios se regulará por la legislación laboral común, sin perjuicio de la supervisión que en el desarrollo de estos contratos se pueda realizar por la entidad pública competente sobre su adecuación con el programa de ejecución de la medida.

4. El trabajo productivo que se desarrolle en los centros específicos para menores infractores será dirigido por la entidad pública correspondiente, directamente o a través de personas físicas o jurídicas con las que se establezcan conciertos, y les será de aplicación la normativa reguladora de la relación laboral especial penitenciaria y de la protección de Seguridad Social establecida en la legislación vigente para este colectivo, con las siguientes especialidades:

a) Tendrá la consideración de empleador la entidad pública correspondiente o la persona física o jurídica con la que tenga establecido el oportuno concierto, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la entidad pública, respecto de los incumplimientos en materia salarial y de Seguridad Social.

b) A los trabajadores menores de dieciocho años se les aplicarán las normas siguientes:

1.^a No podrán realizar trabajos nocturnos, ni aquellas actividades o puestos de trabajo prohibidos a los menores.

2.^a No podrán realizar horas extraordinarias.

3.^a No podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas para cada uno de ellos.

4.^a Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media, deberá establecerse un período de descanso durante dicha jornada no inferior a treinta minutos.

5.^a La duración del descanso semanal será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.

6.^a En su caso, se podrán establecer reglamentariamente otras especialidades que se consideren necesarias en relación con la normativa existente para los penados.

5. En todo caso, el trabajo que realicen los internos tendrá como finalidad esencial su inserción laboral, así como su incorporación al mercado de trabajo. A estos efectos, la práctica laboral se complementará con cursos de formación profesional

ocupacional u otros programas que mejoren su competencia y capacidad laboral y favorezcan su futura inserción laboral.

Artículo 54. *Vigilancia y seguridad.*

1. Las funciones de vigilancia y seguridad interior de los centros corresponde a sus trabajadores, con arreglo a los cometidos propios de cada uno y a la distribución de servicios que el director del centro o la entidad pública haya acordado en su interior.

2. Las actuaciones encaminadas a garantizar la seguridad interior de los centros consistirán en la observación de los menores internados. También podrán suponer, en la forma y con la periodicidad establecida en este artículo, inspecciones de locales y dependencias, así como registros de personas, ropas y enseres de los menores internados.

3. En aquellas dependencias que a criterio del centro lo requieran, podrán utilizarse medios electrónicos para la detección de presencia de metales o para el examen del contenido de paquetes u objetos.

4. Las inspecciones de las dependencias y locales del centro se harán con la periodicidad que la entidad pública o el director del centro establezca.

5. El registro de la persona, ropa y enseres del menor se ajustará a las siguientes normas:

a) Su utilización se regirá por los principios de necesidad y proporcionalidad, y se llevarán siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales de la persona. Ante la opción de utilizar medios de igual eficacia, se dará preferencia a los de carácter electrónico.

b) Los registros de las ropas y enseres personales del menor se practicarán, normalmente, en su presencia.

c) El registro de la persona del menor se llevará a cabo por personal del mismo sexo, en lugar cerrado, sin la presencia de otros menores, y preservando, en todo lo posible, la intimidad.

d) Solamente por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el menor oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del centro, y cuando no sea posible la utilización de medios electrónicos, se podrá realizar el registro con desnudo integral, con autorización del director del centro, previa notificación urgente al juez de menores de guardia y al fiscal de guardia, con explicación de las razones que aconsejan dicho cacheo. En todo caso, será de aplicación lo dispuesto en los párrafos a) y c) anteriores.

Una vez efectuado, en su caso, el cacheo, se dará cuenta al juez de menores y al Ministerio Fiscal de su realización y del resultado obtenido.

e) Si el resultado del registro con desnudo integral fuese infructuoso y persistiese la sospecha, se podrá solicitar por el director del centro a la autoridad judicial competente la autorización para la aplicación de otros medios de control adecuados.

6. De los registros establecidos en el apartado anterior se formulará informe escrito, que deberá especificar los registros con desnudo integral efectuados y los demás extremos previstos en el párrafo d). El informe deberá estar firmado por los profesionales del centro que hayan practicado los registros y dirigirlo al director del centro y al juez de menores.

7. Se intervendrán el dinero u objetos de valor no autorizados, así como los objetos no permitidos y los que se entiendan peligrosos para la seguridad o convivencia ordenada o de ilícita procedencia. Cuando se trate de dinero u objetos de valor se aplicará lo dispuesto en el artículo 30.2.d).

8. La entidad pública podrá autorizar, en aquellos centros donde la necesidad de seguridad así lo requiera, el servicio de personal especializado, en funciones de vigilancia y de apoyo a las actuaciones de los trabajadores del centro previstas en los apartados anteriores de este artículo. Este personal dependerá funcionalmente del director del centro y no podrá portar ni utilizar dentro del centro otros medios que los contemplados en el artículo 55.2.

9. Cuando exista riesgo inminente de graves alteraciones del orden con peligro para la vida o la integridad física de las personas o para las instalaciones, la entidad pública o el director del centro podrá solicitar la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes en cada territorio.

Artículo 55. *Medios de contención.*

1. Solamente podrán utilizarse los medios de contención descritos en el apartado 2 de este artículo por los motivos siguientes:

a) Para evitar actos de violencia o lesiones de los menores a sí mismos o a otras personas.

b) Para impedir actos de fuga.

c) Para impedir daños en las instalaciones del centro.

d) Ante la resistencia activa o pasiva a las instrucciones del personal del centro en el ejercicio legítimo de su cargo.

2. Los medios de contención que se podrán emplear serán:

a) La contención física personal.

b) Las defensas de goma.

c) La sujeción mecánica.

d) Aislamiento provisional.

3. El uso de los medios de contención será proporcional al fin pretendido, nunca supondrá una sanción encubierta y sólo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario.

4. Los medios de contención no podrán aplicarse a las menores gestantes, a las menores hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes, a las que tengan hijos consigo ni a los menores enfermos convalecientes de enfermedad grave, salvo que de la actuación de aquéllos pudiera derivarse un inminente peligro para su integridad o para la de otras personas.

5. Cuando se aplique la medida de aislamiento provisional se deberá cumplir en una habitación que reúna medidas que procuren evitar que el menor atente contra su integridad física o la de los demás. El menor será visitado durante el período de aislamiento provisional por el médico o el personal especializado que precise.

6. La utilización de los medios de contención será previamente autorizada por el director del centro o por quien la entidad pública haya establecido en su normativa, salvo que razones de urgencia no lo permitan; en tal caso, se pondrá en su conocimiento inmediatamente. Asimismo, comunicará inmediatamente al juez de menores la adopción y cese de tales medios de contención, con expresión detallada de los

hechos que hubieren dado lugar a su utilización y de las circunstancias que pudiesen aconsejar su mantenimiento.

7. Los medios materiales de contención serán depositados en el lugar o lugares que el director o quien la entidad pública haya establecido en su normativa considere idóneos.

8. En los casos de graves alteraciones del orden con peligro inminente para la vida, la integridad física de las personas o para las instalaciones, la entidad pública o el director del centro podrán solicitar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que en cada territorio tenga atribuida la competencia, dando cuenta inmediata al juzgado de menores y al Ministerio Fiscal.

Artículo 56. *Informaciones.*

1. Todos los menores internados tienen derecho a recibir de la entidad pública, con la periodicidad adecuada y, en todo caso, siempre que lo requieran, información personal y actualizada de sus derechos y deberes, previstos en los artículos 56 y 57 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Dicha información será explicada de forma que se garantice su comprensión, en atención a la edad y a las circunstancias del menor.

2. Los representantes legales del menor internado serán informados por la dirección del centro o por el órgano que la entidad pública haya designado sobre la situación y la evolución del menor, y sobre los derechos que, como representantes legales les corresponden durante la situación de internamiento.

Salvo prohibición judicial expresa, esta información será facilitada cuando la soliciten los representantes legales del menor o lo considere necesario la dirección del centro o el órgano que la entidad pública haya establecido en su normativa.

3. En caso de enfermedad, accidente o cualquier otra circunstancia grave que afecte al menor, la entidad pública ha de informar inmediatamente a sus representantes legales. Dichas personas también serán informadas de los ingresos en el centro, de los traslados entre centros y de los ingresos en instituciones hospitalarias, salvo que exista una prohibición expresa del juez de menores competente.

4. El menor ha de ser informado sin dilación de la defunción, accidente o enfermedad grave de un pariente cercano o de otra persona íntimamente vinculada con él, y de cualquier otra noticia importante comunicada por la familia.

Artículo 57. *Peticiones, quejas y tramitación de recursos.*

1. Todos los menores internados y, en su caso, sus representantes legales podrán formular, verbalmente o por escrito, en sobre abierto o cerrado, peticiones y quejas a la entidad pública o al director del centro, sobre cuestiones referentes a su situación de internamiento, que serán atendidas cuando correspondan al ámbito propio de sus competencias. En caso contrario, el director del centro o la entidad pública harán llegar las presentadas, en el plazo más breve posible, a la autoridad u organismo competente.

2. El menor podrá dirigir la petición o queja por escrito, en sobre abierto o cerrado, a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo o institución análoga de su Comunidad Autónoma. Los que se entreguen directamente al director del centro o a la entidad pública se harán llegar a sus destinatarios en el plazo más breve posible.

3. Las peticiones y quejas que presenten los menores a través del centro o la entidad pública serán registradas. La tramitación que se le haya dado y, en su caso, la

resolución adoptada se comunicará al menor, con indicación de los recursos que procedan.

4. Los recursos que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, interponga el menor contra cualquier resolución dictada para la ejecución de las medidas, que fueran presentados por el menor o por su letrado de forma escrita al director del centro, se pondrán en conocimiento del juez de menores competente dentro del siguiente día hábil. Si el menor manifestara al director del centro, de forma verbal, su intención de recurrir la resolución dictada, el director dará traslado de esta manifestación al juez de menores, dentro del plazo indicado anteriormente, y, en su caso, dará cumplimiento a las medidas que adopte el juez para oír la alegación del menor.

Artículo 58. *Inspección de centros.*

1. Sin perjuicio de las funciones de inspección que correspondan a los jueces de menores, al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo o institución análoga de la Comunidad Autónoma, la entidad pública, con los medios personales y materiales y los procedimientos que articule para esta finalidad, ejercerá las funciones de inspección para garantizar que la actuación de los centros propios y colaboradores y la de sus profesionales se lleva a cabo con respeto a los derechos y garantías de los menores internados.

2. Los menores podrán solicitar la comunicación con el órgano de inspección correspondiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 41, sin perjuicio de las comunicaciones que dicho órgano realice con el menor en el ejercicio de sus funciones.

3. Los hechos descubiertos en el ejercicio de sus funciones por el órgano de inspección, que supongan una vulneración de los derechos de los menores, se pondrán en conocimiento de la entidad pública, del juez de menores competente y del Ministerio Fiscal.

CAPÍTULO IV

DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS CENTROS

Artículo 59. *Fundamento y ámbito de aplicación.*

1. El régimen disciplinario de los centros tendrá como finalidad contribuir a la seguridad y convivencia ordenada en éstos y estimular el sentido de la responsabilidad y la capacidad de autocontrol de los menores internados.

2. El régimen disciplinario se aplicará a todos los menores que cumplan medidas de internamiento en régimen cerrado, abierto o semiabierto, y terapéuticos, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente, bien en centros propios o colaboradores, tanto dentro del centro como durante los traslados, conducciones o salidas autorizadas que aquéllos realicen.

3. El régimen disciplinario previsto en este capítulo no será aplicable a aquellos menores a los que se haya impuesto una medida de internamiento terapéutico como consecuencia de una anomalía o alteración psíquica o de una alteración en la percepción que les impida comprender la ilicitud de los hechos o actuar conforme a aquella comprensión, mientras se mantengan en tal estado.

Artículo 60. *Principios de la potestad disciplinaria.*

1. El ejercicio de la potestad disciplinaria en los centros propios y colaboradores, regulada en este Reglamento, corresponderá a quien la tenga expresamente atribuida por la entidad pública. En defecto de esta atribución, el ejercicio de la potestad disciplinaria corresponderá al director del centro.

2. No podrán atribuirse al mismo órgano las fases de instrucción y resolución del procedimiento.

3. La potestad disciplinaria habrá de ejercerse siempre respetando la dignidad del menor. Ninguna sanción podrá implicar, de manera directa o indirecta, castigos corporales, ni privación de los derechos de alimentación, enseñanza obligatoria y comunicaciones y visitas previstos en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y en este Reglamento.

4. Las sanciones impuestas podrán ser reducidas, dejadas sin efecto en su totalidad, suspendidas o aplazadas en su ejecución, en los términos establecidos en este Reglamento.

5. La conciliación con la persona ofendida, la restitución de los bienes, la reparación de los daños y la realización de actividades en beneficio de la colectividad del centro, voluntariamente asumidos por el menor, podrán ser valoradas por el órgano competente para el sobreseimiento del procedimiento disciplinario o para dejar sin efecto las sanciones disciplinarias impuestas.

6. Aquellos hechos que pudiesen ser constitutivos de infracción penal podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de esta sanción, que ha de ser distinto del de la penal, sea la seguridad y el buen orden del centro. En estos casos, los hechos serán puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial competente, sin perjuicio de que continúe la tramitación del expediente disciplinario hasta su resolución e imposición de la sanción, si procediera.

Artículo 61. *Clasificación de las faltas disciplinarias.*

Las faltas disciplinarias se clasifican en muy graves, graves y leves, atendiendo a la violencia desarrollada por el sujeto, su intencionalidad, la importancia del resultado y el número de personas ofendidas.

Artículo 62. *Faltas muy graves.*

Son faltas muy graves:

a) Agredir, amenazar o coaccionar de forma grave a cualquier persona dentro del centro.

b) Agredir, amenazar o coaccionar de forma grave, fuera del centro, a otro menor internado o a personal del centro o autoridad o agente de la autoridad, cuando el menor hubiera salido durante el internamiento.

c) Instigar o participar en motines, planes o desórdenes colectivos.

e) Intentar o consumir la evasión del interior del centro o cooperar con otros internos en su producción.

f) Resistirse activa y gravemente al cumplimiento de órdenes recibidas del personal del centro en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.

g) Introducir, poseer o consumir en el centro drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes o bebidas alcohólicas.

h) Introducir o poseer en el centro armas u objetos prohibidos por su peligro para las personas.

i) Inutilizar deliberadamente las dependencias, materiales o efectos del centro o las pertenencias de otras personas, causando daños y perjuicios superiores a 300 euros.

j) Sustraer materiales o efectos del centro o pertenencias de otras personas.

Artículo 63. *Faltas graves.*

Son faltas graves:

a) Agredir, amenazar o coaccionar de manera leve a cualquier persona dentro del centro.

b) Agredir, amenazar o coaccionar de manera leve, fuera del centro, a otro menor internado, o a personal del centro o autoridad o agente de la autoridad, cuando el menor hubiese salido durante el internamiento.

c) Insultar o faltar gravemente al respeto a cualquier persona dentro del centro.

d) Insultar o faltar gravemente al respeto, fuera del centro, a otro menor internado, o a personal del centro o autoridad o agente de la autoridad, cuando el menor hubiera salido durante el internamiento.

e) No retornar al centro, sin causa justificada, el día y hora establecidos, después de una salida temporal autorizada.

f) Desobedecer las órdenes e instrucciones recibidas del personal del centro en el ejercicio legítimo de sus funciones, o resistirse pasivamente a cumplirlas.

g) Inutilizar deliberadamente las dependencias, materiales o efectos del centro, o las pertenencias de otras personas, causando daños y perjuicios inferiores a 300 euros.

h) Causar daños de cuantía elevada por negligencia grave en la utilización de las dependencias, materiales o efectos del centro, o las pertenencias de otras personas.

i) Introducir o poseer en el centro objetos o sustancias que estén prohibidas por la normativa de funcionamiento interno distintas de las contempladas en los párrafos g) y h) del artículo anterior.

j) Hacer salir del centro objetos cuya salida no esté autorizada.

k) Consumir en el centro sustancias que estén prohibidas por las normas de funcionamiento interno, distintas de las previstas en el párrafo g) del artículo anterior.

l) Autolesionarse como medida reivindicativa o simular lesiones o enfermedades para evitar la realización de actividades obligatorias.

m) Incumplir las condiciones y medidas de control establecidas en las salidas autorizadas.

Artículo 64. *Faltas leves.*

Son faltas leves:

a) Faltar levemente al respeto a cualquier persona dentro del centro.

b) Faltar levemente al respeto, fuera del centro, a otro menor internado, o a personal del centro o autoridad o agente de la autoridad, cuando el menor hubiera salido durante el internamiento.

c) Hacer un uso abusivo y perjudicial en el centro de objetos y sustancias no prohibidas por las normas de funcionamiento interno.

d) Causar daños y perjuicios de cuantía elevada a las dependencias materiales o efectos del centro o en las pertenencias de otras personas, por falta de cuidado o de diligencia en su utilización.

e) Alterar el orden promoviendo altercados o riñas con compañeros de internamiento.

f) Cualquier otra acción u omisión que implique incumplimiento de las normas de funcionamiento del centro y no tenga consideración de falta grave o muy grave.

Artículo 65. Sanciones disciplinarias.

1. Las únicas sanciones disciplinarias que se pueden imponer a los menores serán algunas de las especificadas en los apartados siguientes de este artículo.

2. Por la comisión de faltas muy graves:

a) La separación del grupo por tiempo de tres a siete días en casos de evidente agresividad, violencia y alteración grave de la convivencia.

b) La separación del grupo por tiempo de tres a cinco fines de semana.

c) La privación de salidas de fin de semana de quince días a un mes.

d) La privación de salidas de carácter recreativo por un tiempo de uno a dos meses.

3. Por la comisión de faltas graves:

a) La separación del grupo hasta dos días como máximo.

b) La separación del grupo por un tiempo de uno a dos fines de semana.

c) La privación de salidas de fin de semana de uno a quince días.

d) La privación de salidas de carácter recreativo por un tiempo máximo de un mes.

e) La privación de participar en las actividades recreativas del centro por un tiempo de siete a quince días.

4. Por la comisión de faltas leves:

a) La privación de participar en todas o en algunas de las actividades recreativas del centro por un tiempo de uno a seis días.

b) La amonestación.

5. A los menores que cumplan en el centro medidas de permanencia de fin de semana se les impondrán las sanciones correspondientes a la naturaleza de la infracción cometida adaptando su duración a la naturaleza y duración de la medida indicada.

Artículo 66. Sanción de separación.

1. La sanción de separación por la comisión de faltas muy graves o faltas graves solamente se podrá imponer en los casos en los que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del menor, o cuando éste, reiterada y gravemente, altere la normal convivencia en el centro.

2. La sanción de separación se cumplirá en la propia habitación del menor o en otra de análogas características durante el horario de actividades del centro.

3. Durante el cumplimiento de la sanción de separación, el menor dispondrá de dos horas al aire libre y deberá asistir, en su caso, a la enseñanza obligatoria y podrá recibir las visitas previstas en los artículos 40 y 41. Durante el horario general de actividades se programarán actividades individuales alternativas que podrán realizarse dentro de la habitación.

4. Diariamente visitará al menor el médico o el psicólogo, que informará al director del centro sobre el estado de salud física y mental del menor, así como sobre la conveniencia de suspender, modificar o dejar sin efecto la sanción impuesta.

5. No obstante lo anterior, la sanción de separación de grupo no se aplicará a las menores embarazadas, a las menores hasta que hayan transcurrido seis meses desde la finalización del embarazo, a las madres lactantes y a las que tengan hijos en su compañía. Tampoco se aplicará a los menores enfermos y se dejará sin efecto en el momento en que se aprecie que esta sanción afecta a su salud física o mental.

Artículo 67. Graduación de las sanciones.

1. La determinación de las sanciones y su duración se llevará a efecto de acuerdo al principio de la proporcionalidad, atendiendo a las circunstancias del menor, la naturaleza de los hechos, la violencia o agresividad mostrada en la comisión de los hechos, la intencionalidad, la perturbación producida en la convivencia del centro, la gravedad de los daños y perjuicios ocasionados, el grado de ejecución y de participación y la reincidencia en otras faltas disciplinarias.

2. Atendiendo a la escasa relevancia de la falta disciplinaria, a la evolución del interno en el cumplimiento de la medida, al reconocimiento por el menor de la comisión de la infracción y a la incidencia de la intervención educativa realizada para expresarle el reproche merecido por su conducta infractora, podrá imponerse al autor de una falta disciplinaria muy grave una sanción establecida para faltas disciplinarias graves y al autor de una falta disciplinaria grave una sanción prevista para las faltas disciplinarias leves.

Artículo 68. Concurso de infracciones y normas para el cumplimiento de las sanciones.

1. Al responsable de dos o más faltas enjuiciadas en el mismo expediente se le impondrán las sanciones correspondientes a cada una de las faltas. También se le podrá imponer una única sanción por todas las faltas cometidas, tomando como referencia la más grave de las enjuiciadas. En el caso de que se impongan varias sanciones, se cumplirán simultáneamente, si fuera posible. Si no lo fuera, se cumplirán sucesivamente por orden de gravedad y duración, sin que puedan exceder en duración del doble de tiempo por el que se imponga la más grave.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en ningún caso el cumplimiento sucesivo de diversas sanciones impuestas en el mismo o en diferentes procedimientos disciplinarios supondrá para el menor estar consecutivamente:

- a) Más de siete días o más de cinco fines de semanas en situación de separación de grupo.
- b) Más de un mes privado de salidas de fin de semana.
- c) Más de dos meses privado de salidas programadas de carácter recreativo.
- d) Más de quince días privado de todas las actividades recreativas del centro.

Artículo 69. Pluralidad de faltas e infracción continuada.

1. Cuando un mismo hecho sea constitutivo de dos o más faltas o cuando una de éstas sea medio necesario para la comisión de otra, se impondrá al menor una sola sanción teniendo en cuenta la más grave de las faltas cometidas.

2. Cuando se trate de una infracción continuada, se impondrá al menor una sola sanción teniendo en cuenta la más grave de las faltas cometidas.

Artículo 70. *Necesidad de procedimientos sancionadores.*

Para la imposición de sanciones por faltas graves y muy graves será preceptiva la observancia del procedimiento regulado en los artículos 71 a 78, y para las sanciones impuestas por faltas leves podrá seguirse el procedimiento abreviado previsto en el artículo 79.

Artículo 71. *Procedimiento ordinario: inicio.*

1. Cuando el órgano competente para la iniciación del procedimiento disciplinario aprecie en los menores internados indicios de conductas que pueden dar lugar a responsabilidad disciplinaria, acordará la iniciación del procedimiento de alguna de las siguientes formas:

- a) Por propia iniciativa.
- b) Como consecuencia de orden emitida por un órgano administrativo superior jerárquico.
- c) Por petición razonada de otro órgano administrativo que no sea superior jerárquico.
- d) Por denuncia de persona identificada.

2. El órgano competente para la iniciación designará el instructor que considere conveniente, excluyendo a las personas que pudieran estar relacionadas con los hechos.

3. Para el debido esclarecimiento de los hechos que pudieran ser determinantes de responsabilidad disciplinaria, el órgano competente podrá acordar la apertura de una información previa, que se practicará por el órgano administrativo o la persona que aquél determine.

Artículo 72. *Instrucción y pliego de cargos.*

1. El instructor, a la vista de los indicios de responsabilidad que existan, formulará pliego de cargos dirigido al menor, en un lenguaje claro, y en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas desde su designación, el cual se incorporará, en su caso, al expediente, con el contenido siguiente:

- a) La identificación de la persona responsable.
- b) La relación detallada de los hechos imputados.
- c) La calificación de la falta o faltas en las que ha podido incurrir.
- d) Las posibles sanciones aplicables.
- e) El órgano competente para la resolución del expediente de acuerdo con lo previsto en la norma autonómica correspondiente o, en su caso, en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, o en este Reglamento.
- f) La identificación del instructor.
- g) Las medidas cautelares que se hayan acordado.
- h) Los posibles daños y perjuicios ocasionados.

2. El pliego de cargos se notificará al menor infractor el mismo día de su redacción, mediante su lectura íntegra y con entrega de la correspondiente copia con indicación de:

- a) El derecho del menor a formular alegaciones y proponer las pruebas que considere oportunas en defensa de sus intereses, verbalmente ante el instructor en el

mismo acto de notificación, o por escrito en el plazo máximo de veinticuatro horas. Si formula alegaciones verbalmente, se levantará acta de éstas, que deberá firmar el menor.

b) La posibilidad de que un letrado le asesore en la redacción del pliego de descargos y ser asistido por personal del centro o por cualquier otra persona del propio centro.

c) Al menor extranjero que desconozca el castellano o la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma, la posibilidad de asistirse de una persona que hable su idioma.

3. Por el instructor se admitirán verbalmente las pruebas propuestas por el menor o se rechazarán motivadamente por escrito las que fueran improcedentes, por no poder alterar la resolución final del procedimiento o por ser de imposible realización.

Artículo 73. *Tramitación.*

1. Notificado el pliego de cargos, el instructor realizará cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos y recabará los datos e informes que considere necesarios.

2. Dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación del pliego de descargos o a la formulación verbal de alegaciones, o transcurrido este plazo si el menor no hubiera ejercitado su derecho, el menor será oído y se practicarán las pruebas propuestas y las que el instructor considere convenientes.

3. Si el menor reconoce voluntariamente su responsabilidad, el instructor elevará el expediente al órgano competente, para que emita resolución, sin perjuicio de continuar el procedimiento si hay indicios racionales de engaño o encubrimiento de otras personas.

4. Una vez finalizado el trámite de alegaciones y de la práctica de la prueba, el instructor, inmediatamente y, en todo caso, en el plazo de veinticuatro horas, formulará la propuesta de resolución, que notificará al interno con indicación de los hechos imputados, la falta cometida y la sanción que deba imponerse, para que en el término de veinticuatro horas pueda formular las alegaciones que considere procedentes. Una vez completado este trámite, el instructor elevará el expediente al órgano competente para que dicte la resolución correspondiente.

Artículo 74. *Resolución.*

El órgano competente, en el mismo día o como máximo en el plazo de veinticuatro horas, habrá de resolver motivadamente sobre el sobreseimiento del expediente, la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente o la práctica de nuevas actuaciones por parte del instructor. En este último caso, se estará a lo dispuesto en los artículos anteriores.

Artículo 75. *Acuerdo sancionador.*

1. El acuerdo sancionador se formulará por escrito y deberá contener las siguientes menciones:

- a) El lugar y la fecha del acuerdo.
- b) El órgano que lo adopta.

c) El número del expediente disciplinario y un breve resumen de los actos procedimentales básicos que lo hayan precedido. En el supuesto de haberse desestimado la práctica de alguna prueba, deberá expresarse la motivación formulada por el instructor en su momento.

d) Relación circunstanciada de los hechos imputados al menor, que no podrán ser distintos de los consignados en el pliego de cargos formulado por el instructor, con independencia de que pueda variar su calificación jurídica.

e) Artículo y apartado de este Reglamento en el que se estima comprendida la falta cometida.

f) Sanción impuesta y artículo y apartado de este Reglamento que la contempla.

g) Indicación del recurso que puede interponer.

h) La firma del titular del órgano competente.

2. La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa.

En la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva.

3. La iniciación del procedimiento y las sanciones impuestas se anotarán en el expediente personal del menor sancionado. También se anotará la reducción o revocación de la sanción, así como la suspensión de su efectividad.

Artículo 76. *Notificación de la resolución.*

1. La notificación al menor del acuerdo sancionador deberá hacerse el mismo día o en el plazo máximo de veinticuatro horas de ser adoptado, dando lectura íntegra de aquél y entregándole una copia.

2. Asimismo, se notificará en igual plazo al Ministerio Fiscal y, en su caso, al letrado del menor.

Artículo 77. *Caducidad.*

Transcurrido el plazo máximo de un mes desde la iniciación del procedimiento disciplinario sin que la resolución se hubiera notificado al menor expedientado, se entenderá caducado el procedimiento disciplinario y se procederá al archivo de las actuaciones, siempre que la demora no fuera imputable al interesado.

Artículo 78. *Recursos.*

Las resoluciones sancionadoras podrán ser recurridas, antes del inicio del cumplimiento, ante el juez de menores, verbalmente en el mismo acto de la notificación o por escrito dentro del plazo de veinticuatro horas, por el propio interesado o por su letrado, actuándose de conformidad con el artículo 60.7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Artículo 79. *Procedimiento abreviado.*

Cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción del menor como falta leve, se tramitará el procedimiento abreviado, con arreglo a las siguientes normas:

a) El informe del personal del centro operará como pliego de cargos que se notificará, verbalmente, al presunto infractor, con indicación de la sanción que le puede corresponder.

- b) El menor podrá hacer las alegaciones que estime pertinentes y proponer las pruebas de que intente valerse, en el mismo acto de la notificación o por escrito veinticuatro horas después.
- c) Transcurrido el plazo anterior, el órgano competente resolverá lo que proceda. Si acuerda imponer una sanción, se le notificará al menor y a su letrado por escrito.
- d) En todo caso, este procedimiento se documentará debidamente.

Artículo 80. *Medidas cautelares durante el procedimiento.*

1. El órgano competente para iniciar el procedimiento, por sí o a propuesta del instructor del expediente disciplinario, podrá acordar en cualquier momento del procedimiento, mediante acuerdo motivado, las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer y el buen fin del procedimiento, así como para evitar la persistencia de los efectos de la infracción y asegurar la integridad del expedientado y de otros posibles afectados. Las únicas medidas cautelares que se podrán adoptar serán las previstas como sanción en el artículo 65 para la presunta falta cometida.

2. Estas medidas quedarán reflejadas en el expediente del menor y deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretendan garantizar en cada supuesto concreto, y su adopción será notificada al menor y puesta inmediatamente en conocimiento del juez de menores y del Ministerio Fiscal. Si durante la tramitación del procedimiento hubiera alteración de las causas que motivaron la aplicación de estas medidas cautelares, podrán modificarse las medidas adoptadas. En el supuesto de que desaparezcan las causas que motivaron la aplicación de las medidas, se procederá a alzar la medida.

3. Cuando la sanción que recayera, en su caso, coincida en naturaleza con la medida cautelar impuesta, ésta se abonará para el cumplimiento de aquélla. Si no coincidiese, se deberá compensar en la parte que se estime razonable, siempre que sea posible.

4. Las medidas cautelares no podrán exceder del tiempo máximo que corresponda a la sanción prevista, en función de la gravedad de la falta, en el artículo 65.

Artículo 81. *Ejecución y cumplimiento de las sanciones.*

Los acuerdos sancionadores no se harán efectivos en tanto no haya sido resuelto el recurso interpuesto o, en caso de que no se haya interpuesto, hasta que haya transcurrido el plazo para su impugnación, sin perjuicio de las medidas cautelares previstas en el artículo anterior.

Durante la sustanciación del recurso, en el plazo de dos días, la entidad pública ejecutora de la medida podrá adoptar las decisiones precisas para restablecer el orden alterado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 60.7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Artículo 82. *Reducción, suspensión y anulación de sanciones.*

1. El órgano competente podrá dejar sin efecto, reducir o suspender la ejecución de las sanciones disciplinarias en cualquier momento de su ejecución si el cumplimiento de la sanción se revela perjudicial en la evolución educativa del menor.

2. Las medidas anteriores no podrán adoptarse sin autorización del juez de menores cuando éste haya intervenido en su imposición por vía de recurso.

Artículo 83. Extinción automática de sanciones.

1. Cuando un menor ingrese nuevamente en un centro para la ejecución de otra medida, se extinguirán automáticamente la sanción o sanciones que hubiesen sido impuestas en un ingreso anterior y que hubiesen quedado incumplidas total o parcialmente.

2. En caso de traslado de centro, el menor continuará el cumplimiento de las sanciones impuestas en el centro anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el anterior artículo.

Artículo 84. Prescripción de faltas y sanciones.

1. Las faltas disciplinarias muy graves prescriben al año; las graves, a los seis meses, y las leves, a los dos meses, a contar desde la fecha de la comisión de la infracción.

2. La prescripción de las faltas se interrumpe a partir del momento en que, con conocimiento del menor, se inicia el procedimiento disciplinario, volviendo a iniciarse el cómputo de la prescripción desde que se paralice el procedimiento durante un mes por causa no imputable al presunto infractor.

3. Las sanciones impuestas por faltas muy graves, graves y leves prescriben, respectivamente, en los mismos plazos señalados en el apartado 1. El plazo de prescripción empieza a contar desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza el acuerdo sancionador o desde que se levante el aplazamiento de la ejecución o la suspensión de la efectividad, o desde que se interrumpa el cumplimiento de la sanción si éste hubiese ya comenzado.

Artículo 85. Incentivos.

Los actos del menor que pongan de manifiesto buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de la responsabilidad en el comportamiento personal y colectivo, así como la participación positiva en las actividades derivadas del proyecto educativo, podrán ser incentivados por la entidad pública con cualquier recompensa que no resulte incompatible con la ley y los preceptos de este Reglamento.

Disposición adicional única. Actuaciones policiales de vigilancia, custodia y traslado.

1. Las actuaciones policiales de vigilancia, custodia y traslado de menores previstas en este Reglamento serán realizadas por los cuerpos de policía autonómica o, en su caso, por las unidades adscritas del Cuerpo Nacional de Policía, en sus ámbitos territoriales de actuación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

En caso de ausencia o insuficiencia de las anteriores, o cuando sean varias las Comunidades Autónomas afectadas, se realizarán por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, el director del centro solicitará la intervención al órgano competente de la Comunidad Autónoma o, en su caso, al Delegado o al Subdelegado del Gobierno, con suficiente antelación para permitir su planificación.

En situaciones de urgencia, cuando no sea posible actuar conforme a lo previsto en el párrafo anterior, el director del centro podrá solicitar directamente la interven-

ción de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes, dando cuenta de ello inmediatamente a las autoridades antes mencionadas, con expresión de las causas de la urgencia.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 8/2004, QUE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR

(«BOE» núm. 267, de 5 de noviembre de 2004)

Este Real Decreto Legislativo tiene por objeto la aprobación de un Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que da cumplimiento al mandato conferido al Gobierno por la disposición final primera de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y Adaptación a la Normativa Comunitaria de la Legislación de Seguros Privados. Dicha disposición final autoriza al Gobierno para que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, elabore y apruebe un Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que sustituya al aprobado por el Decreto 632/1968, de 21 de marzo, que incluya las modificaciones introducidas por leyes posteriores. La delegación incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

El Decreto 632/1968, de 21 de marzo, aprobó el Texto Refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor. Dicho Texto Refundido ha sido objeto a lo largo de su vigencia de variadas y profundas modificaciones.

El Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de junio, por el que se adapta el Texto Refundido de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor al ordenamiento jurídico comunitario, que posteriormente fue derogado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, dio nueva redacción al título I del Texto Refundido de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, aprobado por el Decreto 632/1968, de 21 de marzo, con el fin de adecuar su contenido a la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, modificada por la Directiva 72/430/CEE del Consejo, de 19 de diciembre, y a la Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, relativas al aseguramiento de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (Primera y Segunda Directivas del seguro de automóviles).

La incorporación de estas normas comunitarias exigía, por un lado, la adaptación de la cobertura del seguro obligatorio de automóviles al ámbito territorial de los Estados miembros, exigencia que en parte había tenido lugar a partir de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, y, por otro, la suscripción obligatoria de un seguro de responsabilidad civil que cubriese, en los términos y con la extensión prevista en la normativa comunitaria, tanto los daños corporales como los materiales. Igualmente, los Estados miembros debían constituir o reconocer un organismo que tuviera por misión reparar, al menos en los límites del seguro obligatorio, dichos daños corporales o materiales, en los supuestos previstos en la normativa comunitaria, lo que obligó a revisar y ampliar las funciones del Consorcio de Compensación de Seguros, entidad que venía desempeñando en nuestro país la misión del organismo antes mencionado.

La Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados, introdujo pequeñas modificaciones en el título II de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, que afectaron a sus artículos 6, 12, 14, 16 y 17, y derogó su artículo 13.

La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, incorporó al derecho español las normas contenidas en una serie de directivas comunitarias, entre ellas, la Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (Tercera Directiva del seguro de automóviles). Esta Tercera Directiva ampliaba el sistema obligatorio de cobertura en un seguro muy sensible socialmente, dada la importancia creciente de la circulación de vehículos a motor, así como de las responsabilidades derivadas de los accidentes ocasionados con su utilización. El régimen de garantías contenido en la norma comunitaria suponía que, en el ámbito de los daños a las personas, únicamente los sufridos por el conductor quedaban excluidos de la cobertura por el seguro obligatorio; que la prima única que se satisface en todas las pólizas del seguro obligatorio cubre, en todo el territorio del Espacio Económico Europeo, los límites legales de aquél con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que se ocasiona el siniestro o, incluso, la del estacionamiento del vehículo, cuando estos límites sean superiores; que en ningún caso puede condicionarse el pago de la indemnización por el seguro obligatorio a la demostración de que el responsable no puede satisfacerla; y, finalmente, que las personas implicadas en el accidente puedan conocer en el plazo más breve posible la entidad aseguradora que cubre la responsabilidad civil del causante.

Todos estos aspectos se incorporaron a través de la profunda modificación que la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, llevó a cabo en el título I de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, reorganizándolo íntegramente, de modo que respondiera al conjunto de las tres directivas que han sido adoptadas en este seguro. Además, con el objeto de clarificar su ámbito y resaltar la importancia de los cambios introducidos, modificó su denominación, que pasó a ser la de Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Fuera ya del marco de adaptación a la normativa comunitaria, la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, incorporó a la ya Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor un anexo con el título de «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación», en el que se recoge un sistema legal de delimitación cuantitativa del importe de las indemnizaciones exigibles como consecuencia de la responsabilidad civil en que se incurre con motivo de la circulación de vehículos a motor. Este sistema indemnizatorio se impone en todo caso, con independencia de la existencia o inexistencia de seguro y de los límites cuantitativos del aseguramiento obligatorio, y se articula a través de un cuadro de importes fijados en función de los distintos conceptos indemnizables que permiten, atendidas las circunstancias de cada caso concreto y dentro de unos márgenes máximos y mínimos, individualizar la indemnización derivada de los daños sufridos por las personas en un accidente de circulación. Constituye, por tanto, una cuantificación legal del «daño causado» a que se refiere el artículo 1.902 del Código Civil, y de la responsabilidad civil a que hace referencia el artículo 116 del Código Penal.

Finalmente, la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, añadió a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor una disposición adicional relativa a la mora del asegurador.

La adopción de la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE del Consejo (Cuarta Directiva sobre el seguro de automóviles), exigió la modificación de una serie de normas legales, entre ellas, nuevamente la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

La directiva tiene como objetivo remover las lagunas existentes en lo que se refiere a la liquidación de siniestros en los casos de accidentes de circulación ocurridos en un Estado miembro distinto al de residencia del perjudicado, y son tres los mecanismos que prevé para cumplir la finalidad comentada: la figura del representante para la tramitación y liquidación de siniestros en el país de residencia del perjudicado, la figura de los organismos de información y la figura de los organismos de indemnización.

Tal modificación se llevó a cabo por el artículo 33 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Dicho precepto modificó el artículo 8 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y le adició un nuevo título, el título III, «De los siniestros ocurridos en un Estado distinto al de residencia del perjudicado, en relación con el aseguramiento obligatorio».

Además, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, modificó en su artículo 11 la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, para recoger las nuevas funciones del Consorcio de Compensación de Seguros como liquidador de entidades aseguradoras, al haber sido suprimida por su artículo 10 la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras y pasar sus funciones, patrimonio y personal a ser asumidos por el Consorcio desde su entrada en vigor.

Más recientemente, la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y Adaptación a la Normativa Comunitaria de la Legislación de Seguros Privados, ha reformado la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Las modificaciones introducidas afectan a su artículo 3, para agilizar determinados aspectos del procedimiento para sancionar el incumplimiento de la obligación de asegurarse; a su artículo 8, para otorgar garantía indemnizatoria al perjudicado residente en España con independencia del Estado de estacionamiento habitual del vehículo que, circulando sin seguro, causa el accidente; y la tercera y última modificación tiene por objeto la modificación de la tabla VI del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que figura como anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Junto a las reformas anteriormente citadas, ha de considerarse la existencia de otras normas, con incidencia en el contenido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Así, la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias, añadió una disposición final, relativa a la habilitación reglamentaria.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, declaró derogados sus artículos 17 y 18 y modificó su disposición adicional.

La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificó su artículo 1.4, a fin de precisar que no se considerarán

hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes.

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificó su artículo 3, relativo a las consecuencias del incumplimiento de la obligación de asegurarse.

El Texto Refundido debe recoger también las consecuencias que, sobre la aplicación de los factores de corrección sobre las indemnizaciones básicas por incapacidad temporal recogidas en la tabla V del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, supuso la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, que declaró su inconstitucionalidad en los supuestos en que la causa determinante del daño que se debe reparar sea la culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho decisivo.

Por otra parte, dado el tiempo transcurrido desde la aprobación del Texto Refundido de 1968, resulta necesario adecuar las referencias y contenido del articulado al ordenamiento jurídico vigente en la actualidad. Es el caso de las referencias al Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, a las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, entre otras, tarea que se lleva a cabo en el Texto Refundido que ahora se aprueba.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda y de los Ministros de Justicia y del Interior, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 29 de octubre de 2004, dispongo:

Artículo único. Aprobación del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que se inserta a continuación.

Disposición adicional única. Remisiones normativas.

Las referencias normativas efectuadas en otras disposiciones al Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Decreto 632/1968, de 21 de marzo, se entenderán efectuadas a los preceptos correspondientes del Texto Refundido que se aprueba.

Disposición derogatoria única. Normas derogadas.

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor que se aprueba y, en particular, las siguientes disposiciones:

- a) El Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Decreto 632/1968, de 21 de marzo.
- b) La disposición adicional quinta de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados.

- c) La disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.
- d) La disposición adicional decimoquinta de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.
- e) La disposición final decimotercera de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- f) El artículo 71 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.
- g) El apartado segundo del artículo 11 y el artículo 33 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.
- h) El artículo tercero de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y Adaptación a la Normativa Comunitaria de la Legislación de Seguros Privados.
- i) El artículo 89 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Disposición final única. *Entrada en vigor*

El presente Real Decreto Legislativo y el Texto Refundido que aprueba entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

TÍTULO PRIMERO

Ordenación civil

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. *De la responsabilidad civil.*

1. El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.

En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos.

En el caso de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, artículo 109 y siguientes del Código Penal, y según lo dispuesto en esta Ley.

Si concurrieran la negligencia del conductor y la del perjudicado, se procederá a la equitativa moderación de la responsabilidad y al reparto en la cuantía de la indemnización, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes.

El propietario no conductor responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con éste por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1.903 del Código Civil y 120.5 del Código Penal. Esta responsabilidad cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

2. Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta Ley.

3. Las indemnizaciones pagadas con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 tendrán la consideración de indemnizaciones en la cuantía legalmente reconocida, a los efectos del artículo 7.d) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, en tanto sean abonadas por una entidad aseguradora como consecuencia de la responsabilidad civil de su asegurado.

4. Reglamentariamente, se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación, a los efectos de esta Ley. En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes.

CAPÍTULO II

DEL ASEGURAMIENTO OBLIGATORIO

Sección 1.ª Del deber de suscripción del seguro obligatorio

Artículo 2. De la obligación de asegurarse.

1. Todo propietario de vehículos a motor que tenga su estacionamiento habitual en España estará obligado a suscribir un contrato de seguro por cada vehículo de que sea titular, que cubra, hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio, la responsabilidad civil a que se refiere el artículo 1. No obstante, el propietario quedará relevado de tal obligación cuando el seguro sea concertado por cualquier persona que tenga interés en el aseguramiento, quien deberá expresar el concepto en que contrata.

Se entiende que el vehículo tiene su estacionamiento habitual en España:

- a) Cuando tiene matrícula española.
- b) Cuando se trate de un tipo de vehículo para el que no exista matrícula, pero lleve placa de seguro o signo distintivo análogo a la matrícula y España sea el Estado donde se ha expedido esta placa o signo.
- c) Cuando se trate de un tipo de vehículo para el que no exista matrícula, placa de seguro o signo distintivo y España sea el Estado del domicilio del usuario.

2. Con el objeto de controlar el efectivo cumplimiento de la obligación a que se refiere el apartado 1, las entidades aseguradoras remitirán al Ministerio de Economía y Hacienda, a través del Consorcio de Compensación de Seguros, la información sobre los contratos de seguro que sea necesaria para el ejercicio de dicho control con los requisitos, en la forma y con la periodicidad que se determine reglamentariamente. El Ministerio de Economía y Hacienda colaborará con el Ministerio del Interior para el adecuado ejercicio de sus respectivas competencias en este ámbito.

Quien, con arreglo al apartado 1, haya suscrito el contrato de seguro deberá acreditar su vigencia para que las personas implicadas en un accidente de circulación puedan averiguar con la mayor brevedad posible las circunstancias relativas al contrato y a la entidad aseguradora, sin perjuicio de las medidas administrativas que se adopten al indicado fin. Todo ello en la forma que se determine reglamentariamente.

Las autoridades aduaneras españolas serán competentes para comprobar la existencia y, en su caso, exigir a los vehículos extranjeros de países no miembros del Espacio Económico Europeo que no estén adheridos al Acuerdo entre las oficinas nacionales de seguros de los Estados miembros del Espacio Económico y de otros Estados asociados y que pretendan acceder al territorio nacional la suscripción de un seguro obligatorio que reúna, al menos, las condiciones y garantías establecidas en la legislación española. En su defecto, deberán denegarles dicho acceso.

3. Además, la póliza en que se formalice el contrato de seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria podrá incluir, con carácter potestativo, las coberturas que libremente se pacten entre el tomador y la entidad aseguradora con arreglo a la legislación vigente.

4. En todo lo no previsto expresamente en esta Ley y en sus normas reglamentarias de desarrollo, el contrato de seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor se registrará por la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Artículo 3. *Incumplimiento de la obligación de asegurarse.*

1. El incumplimiento de la obligación de asegurarse determinará:

a) La prohibición de circulación por territorio nacional de los vehículos no asegurados.

b) El depósito del vehículo, con cargo a su propietario, mientras no sea concertado el seguro.

Se acordará el depósito del vehículo por el tiempo de un mes, que en caso de reincidencia será de tres meses y en el supuesto de quebrantamiento del depósito será de un año, y deberá demostrarse, al final del depósito, que se dispone del seguro correspondiente. Los gastos que se originen como consecuencia del depósito del vehículo serán por cuenta del propietario, que deberá abonarlos o garantizar su pago como requisito previo a la devolución del vehículo.

Cualquier agente de la autoridad que en el ejercicio de sus funciones requiera la presentación del documento acreditativo de la existencia del seguro y no le sea exhibido formulará la correspondiente denuncia a la autoridad competente, que ordenará el inmediato precinto y depósito del vehículo si en el plazo de cinco días no se justifica ante ella la existencia del seguro.

En todo caso, la no presentación, a requerimiento de los agentes, de la documentación acreditativa del seguro será sancionada con 60 euros de multa.

c) Una sanción pecuniaria de 601 a 3.005 euros de multa, graduada según que el vehículo circulase o no, su categoría, el servicio que preste, la gravedad del perjuicio causado, en su caso, la duración de la falta de aseguramiento y la reiteración de la misma infracción.

2. Para sancionar la infracción serán competentes los Delegados del Gobierno o las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas a las que se hayan transferido funciones en esta materia, competentes por razón del lugar en que se denuncie

la infracción. A estos efectos, las competencias de ejercicio de la potestad sancionadora atribuidas a los Delegados del Gobierno podrán ser desconcentradas mediante disposición dictada por el Ministro del Interior.

3. El procedimiento sancionador será el previsto en el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en la forma que reglamentariamente se determine, y se instruirá por las Jefaturas de Tráfico o por las autoridades de las Comunidades Autónomas a las que se haya transferido la ejecución de funciones en esta materia, competentes por razón del lugar en el que se haya cometido el hecho. En todo caso, las sanciones de multa previstas podrán hacerse efectivas antes de que se dicte resolución del expediente sancionador con una reducción del 30 por 100 sobre la cuantía correspondiente que se haya consignado en el boletín de denuncia por el agente o, en su defecto, en la notificación posterior de dicha denuncia por el instructor del expediente, y ello siempre que se acredite mediante el recibo de prima la suscripción del seguro de responsabilidad civil del automóvil con anterioridad a la fecha de la denuncia.

4. El Ministerio del Interior y las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas a las que se hayan transferido competencias en materia sancionadora entregarán al Consorcio de Compensación de Seguros el 50 por 100 del importe de las sanciones recaudadas al efecto, para compensar parte de las indemnizaciones satisfechas por este último a las víctimas de la circulación en el cumplimiento de las funciones que legalmente tiene atribuidas.

Sección 2.ª Ámbito del aseguramiento obligatorio

Artículo 4. Ámbito territorial y límites cuantitativos.

1. El seguro de suscripción obligatoria previsto en esta Ley garantizará la cobertura de la responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles con estacionamiento habitual en España, mediante el pago de una sola prima, en todo el territorio del Espacio Económico Europeo y de los Estados adheridos al Acuerdo entre las oficinas nacionales de seguros de los Estados miembros del Espacio Económico y de otros Estados asociados.

2. El importe máximo de la cobertura del aseguramiento obligatorio alcanzará en los daños a las personas y en los bienes los límites que reglamentariamente se determinen. En los daños a las personas, el importe se fijará por víctima, y en los daños en los bienes se fijará por siniestro.

Para fijar la cuantía de la indemnización con cargo al seguro de suscripción obligatoria en los daños causados a las personas, su importe se determinará con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 1. Si la cuantía así fijada resultase superior al importe máximo de la cobertura del aseguramiento obligatorio, se satisfará, con cargo al citado seguro obligatorio, dicho importe máximo, y el resto hasta el montante total de la indemnización quedará a cargo del seguro voluntario o del responsable del siniestro, según proceda.

3. Cuando el siniestro sea ocasionado en un Estado adherido al Acuerdo entre las oficinas nacionales de seguros de los Estados miembros del Espacio Económico y de otros Estados asociados, distinto de España, por un vehículo que tenga su estacionamiento habitual en España, se aplicarán los límites de cobertura fijados por el Estado miembro en el que tenga lugar el siniestro. No obstante, si el siniestro se produce en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, se aplicarán los límites

de cobertura previstos en el apartado 2, siempre que éstos sean superiores a los establecidos en el Estado donde se haya producido el siniestro.

Artículo 5. *Ámbito material y exclusiones.*

1. La cobertura del seguro de suscripción obligatoria no alcanzará a los daños ocasionados a la persona del conductor del vehículo asegurado.

2. La cobertura del seguro de suscripción obligatoria tampoco alcanzará a los daños en los bienes sufridos por el vehículo asegurado, por las cosas en él transportadas ni por los bienes de los que resulten titulares el tomador, el asegurado, el propietario o el conductor, así como los del cónyuge o los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad de los anteriores.

3. Quedan también excluidos de la cobertura de los daños personales y materiales por el seguro de suscripción obligatoria quienes sufrieran daños con motivo de la circulación del vehículo causante, si hubiera sido robado. A los efectos de esta Ley, se entiende por robo la conducta tipificada como tal en el Código Penal. En los supuestos de robo será de aplicación lo dispuesto en el artículo 11.1.c).

Artículo 6. *Inoponibilidad por el asegurador.*

El asegurador no podrá oponer frente al perjudicado ninguna otra exclusión, pactada o no, de la cobertura distinta de las recogidas en el artículo anterior.

En particular, no podrá hacerlo respecto de aquellas cláusulas contractuales que excluyan de la cobertura la utilización o conducción del vehículo designado en la póliza por quienes carezcan de permiso de conducir, incumplan las obligaciones legales de orden técnico relativas al estado de seguridad del vehículo o, fuera de los supuestos de robo, utilicen ilegítimamente vehículos de motor ajenos o no estén autorizados expresa o tácitamente por su propietario.

CAPÍTULO III

SATISFACCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL ÁMBITO DEL SEGURO OBLIGATORIO

Artículo 7. *Obligaciones del asegurador.*

El asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes. El perjudicado, o sus herederos, tendrán acción directa para exigirlo. Únicamente quedará exonerado de esta obligación si prueba que el hecho no da lugar a la exigencia de responsabilidad civil conforme al artículo 1.

Prescribe por el transcurso de un año la acción directa para exigir al asegurador la satisfacción al perjudicado del importe de los daños sufridos por el perjudicado en su persona y en sus bienes.

En todo caso, el asegurador deberá, hasta el límite cuantitativo del aseguramiento obligatorio, afianzar las responsabilidades civiles y abonar las pensiones que exigiera la autoridad judicial a los presuntos responsables asegurados, de acuerdo con lo establecido en los artículos 764 y 765 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 8. Declaración amistosa de accidente.

Para agilizar las indemnizaciones en el ámbito de los daños materiales originados con ocasión del uso y circulación de vehículos de motor, el asegurador facilitará ejemplares de la denominada «declaración amistosa de accidente» que deberá utilizar el conductor para la declaración de los siniestros a su aseguradora.

Artículo 9. Mora del asegurador.

Si el asegurador incurriese en mora en el cumplimiento de la prestación en el seguro de responsabilidad civil para la cobertura de los daños y perjuicios causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación, la indemnización de daños y perjuicios debidos por el asegurador se regirá por lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, con las siguientes peculiaridades:

a) No se impondrán intereses por mora cuando las indemnizaciones fuesen satisfechas o consignadas ante el juzgado competente en primera instancia para conocer del proceso que se derivase del siniestro, dentro de los tres meses siguientes a su producción. La consignación podrá hacerse en dinero efectivo, mediante un aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada.

b) Cuando los daños causados a las personas hubiesen de sufrirse por éstas durante más de tres meses o su exacta valoración no pudiera ser determinada a efectos de la consignación, el tribunal, a la vista de las circunstancias del caso y de los dictámenes e informes que precise, resolverá sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad consignada por el asegurador, atendiendo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta Ley. Contra la resolución judicial que recaiga no cabrá recurso alguno.

c) Cuando, con posterioridad a una sentencia absolutoria o a otra resolución judicial que ponga fin, provisional o definitivamente, a un proceso penal y en la que se haya acordado que la suma consignada sea devuelta al asegurador o la consignación realizada en otra forma quede sin efecto, se inicie proceso civil en razón de la indemnización debida por el seguro, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, salvo que nuevamente se consigne la indemnización dentro de los 10 días siguientes a la notificación al asegurado del inicio del proceso.

Artículo 10. Facultad de repetición.

El asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, podrá repetir:

a) Contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

b) Contra el tercero responsable de los daños.

c) Contra el tomador del seguro o asegurado por causas previstas en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y en el propio contrato de seguro.

d) En cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes.

La acción de repetición del asegurador prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado a partir de la fecha en que hizo el pago al perjudicado.

Artículo 11. *Funciones del Consorcio de Compensación de Seguros.*

1. Corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros, dentro del ámbito territorial y hasta el límite cuantitativo del aseguramiento obligatorio:

a) Indemnizar a quienes hubieran sufrido daños en sus personas, por siniestros ocurridos en España, en aquellos casos en que el vehículo causante sea desconocido.

b) Indemnizar los daños a las personas y en los bienes, ocasionados con un vehículo que tenga su estacionamiento habitual en España, así como los ocasionados dentro del territorio español a personas con residencia habitual en España o a bienes de su propiedad situados en España con un vehículo con estacionamiento habitual en un tercer país no firmante del Acuerdo entre las oficinas nacionales de seguros de los Estados miembros del Espacio Económico y de otros Estados asociados, en ambos casos cuando dicho vehículo no esté asegurado.

c) Indemnizar los daños a las personas y en los bienes producidos por un vehículo con estacionamiento habitual en España que esté asegurado y haya sido robado.

d) Indemnizar los daños a las personas y en los bienes cuando, en supuestos incluidos dentro del ámbito del aseguramiento de suscripción obligatoria o en los párrafos precedentes de este artículo, surgiera controversia entre el Consorcio de Compensación de Seguros y la entidad aseguradora acerca de quién debe indemnizar al perjudicado. No obstante lo anterior, si ulteriormente se resuelve o acuerda que corresponde indemnizar a la entidad aseguradora, ésta reembolsará al Consorcio de Compensación de Seguros la cantidad indemnizada más los intereses legales, incrementados en un 25 por 100, desde la fecha en que abonó la indemnización.

e) Indemnizar los daños a las personas y en los bienes cuando la entidad española aseguradora del vehículo con estacionamiento habitual en España hubiera sido declarada judicialmente en concurso o, habiendo sido disuelta y encontrándose en situación de insolvencia, estuviese sujeta a un procedimiento de liquidación intervenida o ésta hubiera sido asumida por el propio Consorcio de Compensación de Seguros.

f) Reembolsar las indemnizaciones satisfechas a los perjudicados residentes en otros Estados del Espacio Económico Europeo por los organismos de indemnización, en los siguientes supuestos:

1.º Cuando el vehículo causante del accidente tenga su estacionamiento habitual en España, en el caso de que no pueda identificarse a la entidad aseguradora.

2.º Cuando el accidente haya ocurrido en España, en el caso de que no pueda identificarse el vehículo causante.

3.º Cuando el accidente haya ocurrido en España, en el caso de vehículos con estacionamiento habitual en terceros países adheridos al sistema de Certificado internacional del seguro del automóvil, expedido por una oficina nacional conforme a la recomendación número 5 adoptada el 25 de enero de 1949 por el Subcomité de transportes por carretera del Comité de transportes interiores de la Comisión Económica para Europa de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, carta verde).

En los supuestos previstos en párrafos *b)* y *c)*, quedarán excluidos de la indemnización por el Consorcio los daños a las personas y en los bienes sufridos por quienes ocuparan voluntariamente el vehículo causante del siniestro, conociendo que éste no estaba asegurado o que había sido robado, siempre que el Consorcio probase que aquéllos conocían tales circunstancias. Además, en los casos contemplados en dichos párrafos *b)* y *c)*, el Consorcio aplicará al perjudicado, en el supuesto de daños en los bienes, la franquicia que reglamentariamente se determine.

2. El Consorcio de Compensación de Seguros asumirá las funciones que como organismo de información le atribuyen los artículos 24 y 25 de esta Ley.

3. El perjudicado tendrá acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros en los casos señalados en este artículo, y éste podrá repetir en los supuestos definidos en el artículo 10, así como contra el propietario y el responsable del accidente cuando se trate de vehículo no asegurado, o contra los autores, cómplices o encubridores del robo del vehículo causante del siniestro, así como contra el responsable del accidente que conoció de la sustracción de aquél.

4. El Consorcio no podrá condicionar el pago de la indemnización a la prueba por parte del perjudicado de que la persona responsable no puede pagar o se niega a hacerlo.

TÍTULO II

Ordenamiento procesal civil

CAPÍTULO ÚNICO

DE LAS DILIGENCIAS PREPARATORIAS Y EL EJERCICIO JUDICIAL DE LA ACCIÓN EJECUTIVA

Artículo 12. *Procedimiento.*

La acción conferida en los artículos 7 y 11.3 a la víctima o a sus herederos contra el asegurador se ejercitará en la forma establecida en este título.

Artículo 13. *Diligencias en el proceso penal preparatorias de la ejecución.*

Cuando en un proceso penal, incoado por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos de motor, se declare la rebeldía del acusado, o recayera sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad, si el perjudicado no hubiera renunciado a la acción civil ni la hubiera reservado para ejercitarla separadamente, antes de acordar el archivo de la causa, el juez o tribunal que hubiera conocido de ésta dictará auto, en el que se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por dicho seguro de suscripción obligatoria. El auto referido contendrá la descripción del hecho y la indicación de las personas y vehículos que intervinieron y de los aseguradores de cada uno de éstos.

Si no pudiese señalarse la cuantía de la indemnización por falta de elementos probatorios o porque los existentes se hubieran emitido sin posibilidad de intervención de los interesados, el auto mencionado en el párrafo anterior sólo se retrasará por el tiempo imprescindible para que con audiencia e intervención de los perjudicados y de los aseguradores se lleven a cabo las comprobaciones que se estimen necesarias, de oficio o a petición de parte.

El auto a que se refieren los párrafos anteriores no será recurrible.

Artículo 14. *Diligencias preparatorias en vía civil.*

Ocurrido un hecho de los que dan lugar a responsabilidad civil cubierta por el seguro obligatorio, cuando aquél no haya sido objeto de proceso penal, o se hubiese reservado en él la acción civil, el perjudicado, para reclamar al asegurador la reparación del daño e indemnización de perjuicios en vía civil deberá hacer ante el juez de primera instancia o instrucción, ante el juez de paz o ante un notario del lugar del hecho o de su domicilio, residencia o paradero una declaración sobre las circunstancias de aquél, identificando a las personas lesionadas, los objetos dañados, el vehículo y el conductor que han intervenido en la producción del hecho y la especificación del asegurador.

Artículo 15. *Reclamación al asegurador.*

Una certificación de la declaración o una copia autorizada de ésta, acompañada de la valoración de los daños, emitida por un perito de seguros, será presentada al asegurador, quien, en el plazo de ocho días, con facultad de intervención de un perito de seguros designado por aquél, abonará la cantidad que ambos peritos fijen de común acuerdo.

De no mediar acuerdo, se procederá según lo dispuesto en el párrafo sexto del artículo 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Artículo 16. *Obligación de pago.*

El asegurador, o el Consorcio de Compensación de Seguros en su caso, vendrá obligado a satisfacer la indemnización fijada por el dictamen pericial hasta el límite del seguro obligatorio dentro de los 10 días siguientes a su fijación.

Artículo 17. *Títulos ejecutivos.*

Un testimonio del auto recaído en las diligencias a que se refiere el artículo 13 constituirá título ejecutivo suficiente para entablar el procedimiento regulado en este capítulo. El perjudicado que hubiera obtenido dicho título no podrá prescindir de él y acudir en sustitución a las diligencias preparatorias de los artículos 14 y siguientes, salvo en los casos que expresamente se señalan en dicho artículo 14.

El dictamen pericial, obtenido en las diligencias preparatorias a que se refieren los artículos 14 y siguientes, será igualmente título ejecutivo, previa ratificación ante el juez al que corresponda despachar la ejecución.

Artículo 18. *Límite cuantitativo.*

Para que la reclamación al asegurador pueda hacerse en juicio ejecutivo habrán de cumplirse los requisitos de título y cuantía establecidos en el artículo 520 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Si la cantidad líquida señalada en el título fuese inferior a la exigida en el artículo 520 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, la reclamación habrá de formularse en juicio verbal ante el órgano jurisdiccional competente.

Artículo 19. *Gastos de la tasación pericial.*

Se incluirán en la tasación de costas los gastos que se originen en la formación del título por diligencias preparatorias en el proceso penal.

Los gastos que ocasione la tasación pericial obtenida en vía civil serán incluidos en la tasación de costas, a no ser que hubiera estimación excesiva de los daños y perjuicios por parte del perjudicado; en tal caso, serán de su cuenta. Se considerará que existe tal exceso cuando lo reclamado sobrepase en un 25 por 100 la cifra que se fije por el dictamen pericial.

TÍTULO III

De los siniestros ocurridos en un Estado distinto al de residencia del perjudicado, en relación con el aseguramiento obligatorio

CAPÍTULO I

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 20. *Ámbito de aplicación.*

1. Las disposiciones de este título resultarán de aplicación a los siniestros causados por vehículos que tengan su estacionamiento habitual y estén asegurados en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que:

a) El lugar en que ocurra el siniestro sea España y el perjudicado tenga su residencia en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

b) El lugar en que ocurra el siniestro sea un Estado miembro del Espacio Económico Europeo distinto a España y el perjudicado tenga su residencia en España.

c) Los siniestros ocurran en terceros países adheridos al sistema de la carta verde cuando el perjudicado tenga su residencia habitual en España, o cuando el vehículo causante tenga su estacionamiento habitual y esté asegurado en España.

2. Lo dispuesto en los artículos 21, 22, 26 y 27 no será de aplicación cuando el siniestro haya sido causado por un vehículo que tenga su estacionamiento habitual y esté asegurado en el Estado de residencia del perjudicado.

3. Lo dispuesto en el artículo 29 resultará también aplicable a los accidentes causados por vehículos de terceros países adheridos al Acuerdo entre las oficinas nacionales de seguros de los Estados miembros del Espacio Económico y de otros Estados asociados.

CAPÍTULO II

REPRESENTANTE ENCARGADO DE LA TRAMITACIÓN Y LIQUIDACIÓN EN EL PAÍS DE RESIDENCIA DEL PERJUDICADO DE LOS SINIESTROS OCURRIDOS EN UN ESTADO DISTINTO AL DE RESIDENCIA DE ESTE ÚLTIMO

Artículo 21. *Elección, poderes y funciones del representante para la tramitación y liquidación de siniestros designado por las entidades aseguradoras autorizadas en España en cada uno de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo.*

1. Las entidades aseguradoras domiciliadas en España y las sucursales de terceros países establecidas en territorio español deberán designar, en los restantes Estados miembros del Espacio Económico Europeo, un representante para la tramitación y liquidación, en el Estado de residencia del perjudicado, de los siniestros contemplados en el artículo 20.1.

2. El representante deberá residir o estar establecido en el Estado miembro en el que vaya a ejercer sus funciones y disponer de poderes suficientes para representar a la entidad aseguradora y satisfacer, en su integridad, las indemnizaciones a los perjudicados. A este efecto, deberá recabar toda la información necesaria y adoptar las medidas oportunas para la negociación de la liquidación en el idioma o idiomas oficiales del Estado de residencia del perjudicado.

3. Las entidades aseguradoras dispondrán de plena libertad para designar a estos representantes, que podrán actuar por cuenta de una o varias entidades. Así mismo, deberán comunicar su designación, nombre y dirección a los organismos de información de los distintos Estados miembros del Espacio Económico Europeo.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores no resultará de aplicación cuando el perjudicado tenga su residencia en España.

Artículo 22. Procedimiento de reclamación de los perjudicados no residentes en España ante las entidades aseguradoras autorizadas en España o los representantes para tramitación y liquidación de siniestros por éstas designados en el resto de los Estados del Espacio Económico Europeo.

1. El perjudicado podrá presentar la reclamación ante la entidad aseguradora establecida en España o ante el representante designado por ésta en su país de residencia.

La entidad aseguradora o su representante contestarán a la reclamación en un plazo de tres meses desde su presentación, y deberá presentarse una oferta motivada si se ha determinado la responsabilidad y cuantificado el daño. En caso contrario, o si la reclamación hubiera sido rechazada, dará respuesta motivada a lo planteado en la reclamación.

2. Transcurrido el plazo mencionado en el apartado anterior sin que se haya presentado una oferta motivada, se devengarán intereses de demora de acuerdo con lo previsto en la legislación que en cada caso resulte de aplicación, en atención al lugar de ocurrencia del siniestro.

3. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 constituirá infracción administrativa de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 40.4.h) y 40.5.b) del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

4. La acción del representante para la tramitación y liquidación de siniestros no será suficiente para modificar el derecho material que se haya de aplicar en el caso concreto, ni para atribuir la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia del perjudicado, salvo lo previsto en las normas de derecho internacional público y privado sobre la Ley aplicable a los accidentes de circulación y sobre la atribución de competencias jurisdiccionales.

Artículo 23. Procedimiento de reclamación del perjudicado con residencia en España ante las entidades aseguradoras autorizadas en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo o ante los representantes para tramitación y liquidación de siniestros por éstas designados en España.

1. El perjudicado con residencia en España, en los supuestos previstos en el artículo 20.1, podrá dirigirse directamente a la entidad aseguradora del vehículo causante del accidente o al representante en España para la tramitación y liquidación de siniestros por ésta designado.

2. La acción del representante para la tramitación y liquidación de siniestros no será suficiente para atribuir la competencia a órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia del perjudicado, salvo en lo previsto en las normas de derecho internacional privado sobre atribución de competencias jurisdiccionales.

CAPÍTULO III

ORGANISMO DE INFORMACIÓN

Artículo 24. Designación y funciones del organismo de información.

1. El Consorcio de Compensación de Seguros actuará como organismo de información, en los supuestos previstos en el artículo 20.1, para suministrar al perjudicado la información necesaria para que pueda reclamar a la entidad aseguradora o a su representante para la tramitación y liquidación de siniestros. A estos efectos, asumirá las siguientes funciones:

a) Facilitar información relativa al número de matrícula de los vehículos con estacionamiento habitual en España; número de la póliza de seguro de responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor de suscripción obligatoria que cubra al vehículo, con estacionamiento habitual en España, con indicación de la fecha de inicio y fin de vigencia de la cobertura; entidad aseguradora que cubre la responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor de suscripción obligatoria, así como nombre y dirección del representante para la tramitación y liquidación de siniestros designados por las entidades aseguradoras.

Dicha información deberá conservarse durante siete años a partir de la fecha de la expiración del registro del vehículo o de la expiración de la póliza de seguro.

b) Coordinar la recogida de la información y su difusión.
c) Prestar asistencia a las personas que tengan derecho a conocer la información.

2. A los efectos de la información prevista en el apartado 1.a), se estará a lo dispuesto en el artículo 2.2 y en sus normas reglamentarias de desarrollo.

Artículo 25. Obtención de información del Consorcio de Compensación de Seguros.

1. El Consorcio de Compensación de Seguros prestará asistencia y facilitará la información a la que se refiere el artículo 24.1.a) a los perjudicados de accidentes de circulación ocurridos en un país distinto al de su residencia habitual, siempre que se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

a) Que el perjudicado tenga su residencia en España.
b) Que el vehículo causante del siniestro tenga su estacionamiento habitual en España.
c) Que el siniestro se haya producido en España.

2. El Consorcio de Compensación de Seguros facilitará, asimismo, al perjudicado el nombre y la dirección del propietario, del conductor habitual o del titular legal del vehículo con estacionamiento habitual en España, si aquél tuviera un interés legítimo en obtener dicha información. A estos efectos, la Dirección General de Tráfico o la entidad aseguradora proporcionará estos datos al Consorcio de Compensación de Seguros, y se establecerán, en todo caso, las medidas técnicas y organizativas necesarias para asegurar la confidencialidad, seguridad e integridad de los datos y las garan-

tías, obligaciones y derechos reconocidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

A la información de que disponga el Consorcio de Compensación de Seguros tendrán acceso, además de los perjudicados, los aseguradores de éstos, los organismos de información de otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo, la Oficina Española de Aseguradores de Automóviles, en su calidad de organismo de indemnización, y los organismos de indemnización de otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo, así como los fondos de garantía de otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo.

CAPÍTULO IV

ORGANISMO DE INDEMNIZACIÓN

Artículo 26. *Designación.*

En los supuestos previstos por el artículo 20.1, la Oficina Española de Aseguradores de Automóviles (en adelante, Ofesauto) tendrá la consideración de organismo de indemnización ante el que los perjudicados con residencia en España podrán presentar reclamación de indemnización en los supuestos previstos en el artículo 27.

Artículo 27. *Reclamaciones ante Ofesauto en su condición de organismo de indemnización español.*

1. Los perjudicados con residencia en España podrán presentar ante Ofesauto, en su condición de organismo de indemnización español, reclamación en los siguientes supuestos:

a) Si en el plazo de tres meses, a partir de la fecha en que el perjudicado haya presentado su reclamación de indemnización a la entidad aseguradora del vehículo causante del accidente o a su representante para la tramitación y liquidación de siniestros designado en España, ninguno de los dos ha formulado respuesta motivada a lo planteado en la reclamación; o

b) Si la entidad aseguradora no hubiera designado representante para la tramitación y liquidación de siniestros en España, salvo que el perjudicado haya presentado una reclamación de indemnización directamente a la entidad aseguradora del vehículo causante del accidente y haya recibido de ésta una respuesta motivada en los tres meses siguientes a la presentación de la reclamación.

No obstante, el perjudicado no podrá presentar una reclamación a Ofesauto, en su condición de organismo de indemnización, si ha ejercitado el derecho de acción directa contra la aseguradora.

2. Ofesauto, en su condición de organismo de indemnización, dará respuesta a la reclamación de indemnización en un plazo de dos meses, a contar desde la fecha en que le sea presentada por el perjudicado residente en España, sin que pueda condicionar el pago de la indemnización a la prueba por parte del perjudicado residente en España de que la persona responsable no puede pagar o se niega a hacerlo. No obstante, pondrá término a su intervención si la entidad aseguradora o su representante para la tramitación y liquidación de siniestros designado en España da, con posterioridad, una respuesta motivada a la reclamación, o si tiene conocimiento con posterioridad de que el perjudicado ha ejercitado el derecho de acción directa contra la aseguradora del vehículo responsable.

3. Ofesauto, en su condición de organismo de indemnización español, informará inmediatamente a la entidad aseguradora del vehículo causante del accidente o a su representante para la tramitación y liquidación de siniestros designado en España, al organismo de indemnización del Estado en que esté ubicado el establecimiento de la entidad aseguradora que emitió la póliza y, de conocerse su identidad, a la persona causante del accidente de que ha recibido una reclamación del perjudicado y de que dará respuesta a dicha reclamación en un plazo de dos meses a contar desde la fecha de su presentación.

4. La intervención de Ofesauto, en su condición de organismo de indemnización español, se limita a los supuestos en los que la entidad aseguradora no cumpla sus obligaciones, y será subsidiaria de ésta.

Artículo 28. Derecho de repetición entre organismos de indemnización, subrogación y reembolso.

Ofesauto, en su calidad de organismo de indemnización español, una vez haya indemnizado al perjudicado residente en España, tendrá derecho a reclamar del organismo de indemnización del Estado miembro en que se encuentre el establecimiento de la entidad aseguradora que emitió la póliza el reembolso del importe satisfecho en concepto de indemnización.

Ofesauto, en su calidad de organismo de indemnización del Estado miembro en que se encuentra el establecimiento de la aseguradora que emitió la póliza, una vez que haya reembolsado al organismo de indemnización del Estado de residencia del perjudicado el importe por éste abonado al perjudicado en concepto de indemnización, se subrogará en los derechos del perjudicado.

Artículo 29. No identificación del vehículo o de la entidad aseguradora.

Si no fuera posible identificar al vehículo o si, transcurridos dos meses desde el accidente, no fuera posible identificar a la entidad aseguradora, el perjudicado residente en España podrá solicitar una indemnización a Ofesauto, en su calidad de organismo de indemnización, por los límites del aseguramiento de suscripción obligatoria vigentes en el país de ocurrencia del siniestro. Dicho organismo de indemnización, una vez pagada la indemnización y por el importe satisfecho, pasará a ser acreedor:

- a) Del fondo de garantía del Estado miembro en el que el vehículo tenga su estacionamiento habitual, en caso de que no pueda identificarse la entidad aseguradora.
- b) Del fondo de garantía del Estado miembro en que haya ocurrido el accidente, en caso de que no pueda identificarse el vehículo.
- c) Del fondo de garantía del Estado miembro en que haya ocurrido el accidente, en caso de vehículos de terceros países adheridos al sistema de carta verde.

CAPÍTULO V

COLABORACIÓN Y ACUERDOS ENTRE ORGANISMOS. LEY APLICABLE Y JURISDICCIÓN COMPETENTE

Artículo 30. Colaboración y acuerdos entre organismos.

1. El Consorcio de Compensación de Seguros colaborará con el resto de organismos de información del Espacio Económico Europeo para facilitar el acceso a su información a los residentes en otros países distintos a España.

Para el adecuado cumplimiento de las funciones que se atribuyen en esta Ley, el Consorcio podrá celebrar acuerdos con organismos de información, con organismos de indemnización y con aquellas organizaciones e instituciones creadas o designadas para la gestión de los siniestros a que se refiere el artículo 20 en otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo.

2. Ofesauto podrá celebrar acuerdos con los organismos de indemnización, con organismos de información o con otras instituciones creadas o designadas para la gestión de los siniestros a que se refiere el artículo 20 en otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo.

Artículo 31. *Ley aplicable y jurisdicción competente.*

Sin perjuicio de lo dispuesto por las normas de derecho internacional privado, a los siniestros a que se refiere este título les será de aplicación la legislación del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente, y serán competentes los jueces y tribunales de dicho Estado.

Disposición transitoria única. *Subsistencia de las cuantías indemnizatorias actualizadas de las tablas I a V del anexo «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación», de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, incorporado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.*

Para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de este Texto Refundido, subsistirán y resultarán de aplicación las cuantías indemnizatorias fijadas en las tablas I a V del anexo «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación» de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, incorporado por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; así como las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones mediante las que se han hecho públicas las actualizaciones anuales de dichas cuantías.

Disposición final primera. *Título competencial.*

Este Texto Refundido se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6.^ª y 149.1.14.^ª de la Constitución, en este último caso en cuanto a la consideración fiscal de las indemnizaciones pagadas con arreglo al sistema de valoración de los daños y perjuicios contenido en el anexo.

Disposición final segunda. *Habilitación reglamentaria.*

Se habilita al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley.

ANEXO**Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación**

Primero.—Criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización:

1. Este sistema se aplicará a la valoración de todos los daños y perjuicios a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso.

2. Se equipará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción de éste.

3. A los efectos de la aplicación de las tablas, la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente.

4. Tienen la condición de perjudicados, en caso de fallecimiento de la víctima, las personas enumeradas en la tabla I y, en los restantes supuestos, la víctima del accidente.

5. Darán lugar a indemnización la muerte, las lesiones permanentes, invalidantes o no, y las incapacidades temporales.

6. Además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica y hospitalaria y, además, en las indemnizaciones por muerte, los gastos de entierro y funeral.

7. La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas, y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud. Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados, se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado. Son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones, incluso en los gastos de asistencia médica y hospitalaria y de entierro y funeral, la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias y, además, en las indemnizaciones por lesiones permanentes, la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final; y son elementos correctores de agravación en las indemnizaciones por lesiones permanentes la producción de invalideces concurrentes y, en su caso, la subsistencia de incapacidades preexistentes.

8. En cualquier momento podrá convenirse o acordarse judicialmente la sustitución total o parcial de la indemnización fijada por la constitución de una renta vitalicia en favor del perjudicado.

9. La indemnización o la renta vitalicia sólo podrán ser modificadas por alteraciones sustanciales en las circunstancias que determinaron la fijación de aquéllas o por la aparición de daños sobrevenidos.

10. Anualmente, con efectos de 1 de enero de cada año y a partir del año siguiente a la entrada en vigor de este Texto Refundido, deberán actualizarse las cuantías indemnizatorias fijadas en este anexo y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del índice general de precios de consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior. En este último caso y para facilitar su conocimiento y aplicación se harán públicas dichas actualizaciones por resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

11. En la determinación y concreción de las lesiones permanentes y las incapacidades temporales, así como en la sanidad del perjudicado, será preciso informe médico.

Segundo.—*Explicación del sistema:*

a) Indemnizaciones por muerte (tablas I y II).

Tabla I. Comprende la cuantificación de los daños morales, de los daños patrimoniales básicos y la determinación legal de los perjudicados, y fijará los criterios de exclusión y concurrencia entre ellos.

Para la determinación de los daños se tienen en cuenta el número de los perjudicados y su relación con la víctima, de una parte, y la edad de la víctima de otra.

Las indemnizaciones están expresadas en euros.

Tabla II. Describe los criterios que deben ponderarse para fijar los restantes daños y perjuicios ocasionados, así como los elementos correctores de éstos. A dichos efectos, debe tenerse en cuenta que tales daños y perjuicios son fijados mediante porcentajes de aumento o disminución sobre las cuantías fijadas en la tabla I y que son satisfechos separadamente y además de los gastos correspondientes al daño emergente, esto es, los de asistencia médica y hospitalaria y los de entierro y funeral.

Los factores de corrección fijados en esta tabla no son excluyentes entre sí, sino que pueden concurrir conjuntamente en un mismo siniestro.

b) Indemnizaciones por lesiones permanentes (tablas III, IV y VI).—La cuantía de estas indemnizaciones se fija partiendo del tipo de lesión permanente ocasionado al perjudicado desde el punto de vista físico o funcional, mediante puntos asignados a cada lesión (tabla VI); a tal puntuación se aplica el valor del punto en euros en función inversamente proporcional a la edad del perjudicado e incrementado el valor del punto a medida que aumenta la puntuación (tabla III); y, finalmente, sobre tal cuantía se aplican los factores de corrección en forma de porcentajes de aumento o reducción (tabla IV), con el fin de fijar concretamente la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados que deberá ser satisfecha, además de los gastos de asistencia médica y hospitalaria.

Tablas III y VI. Se corresponden, para las lesiones permanentes, con la tabla I para la muerte.

En concreto, para la tabla VI ha de tenerse en cuenta:

1.º Sistema de puntuación.—Tiene una doble perspectiva. Por una parte, la puntuación de 0 a 100 que contiene el sistema, donde 100 es el valor máximo asignable a la mayor lesión resultante; por otra, las lesiones contienen una puntuación mínima y otra máxima.

La puntuación adecuada al caso concreto se establecerá teniendo en cuenta las características específicas de la lesión en relación con el grado de limitación o pérdida de la función que haya sufrido el miembro u órgano afectado.

La tabla VI incorpora, a su vez, en relación con el sistema ocular y el sistema auditivo, unas tablas en las que se reflejan los daños correspondientes al lado derecho de los órganos de la vista y del oído, en los ejes de las abscisas. Los del lado izquierdo de estos órganos, en el eje de las ordenadas. Por tanto, con los datos contenidos en el informe médico sobre la agudeza visual o auditiva del lesionado después del accidente se localizarán los correspondientes al lado derecho, en el eje de las abscisas, y los del lado izquierdo, en el eje de las ordenadas. Trazando líneas perpendiculares a partir de cada uno de ellos, se obtendrá la puntuación de la lesión, que corresponderá a la contenida en el cuadro donde confluyan ambas líneas. La puntuación oscila entre 0 y 85 en el órgano de la visión, y de 0 a 70 en el de la audición.

2.º Incapacidades concurrentes.—Cuando el perjudicado resulte con diferentes lesiones derivadas del mismo accidente, se otorgará una puntuación conjunta, que se obtendrá aplicando la fórmula siguiente:

$$(100 - M) \times m/100 + M$$

donde:

M = puntuación de mayor valor.

m = puntuación de menor valor.

Si en las operaciones aritméticas se obtuvieran fracciones decimales, se redondeará a la unidad más alta.

Si son más de dos las lesiones concurrentes, se continuará aplicando esta fórmula, y el término «M» se corresponderá con el valor del resultado de la primera operación realizada.

En cualquier caso, la última puntuación no podrá ser superior a 100 puntos.

Si, además de las secuelas permanentes, se valora el perjuicio estético, los puntos por este concepto se sumarán aritméticamente a los resultantes de las incapacidades permanentes, sin aplicar respecto a aquéllos la indicada fórmula.

Tabla IV. Se corresponde con la tabla II de las indemnizaciones por muerte y le son aplicables las mismas reglas, singularmente la de posible concurrencia de los factores de corrección.

c) Indemnizaciones por incapacidades temporales (tabla V).—Estas indemnizaciones serán compatibles con cualesquiera otras y se determinan por un importe diario (variable según se precise, o no, una estancia hospitalaria) multiplicado por los días que tarda en sanar la lesión y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla, salvo que se apreciara en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada.

ANEJO

Tabla I

INDEMNIZACIONES BÁSICAS POR MUERTE INCLUIDOS DAÑOS MORALES

Perjudicados/beneficiarios ¹ de la indemnización (por grupos excluyentes)	Edad de la víctima		
	Hasta 65 años Euros	De 66 a 80 años Euros	Más de 80 años Euros
GRUPO I			
<i>Víctima con cónyuge²</i>			
Al cónyuge	90.278,048279	67.708,532916	45.139,024140
A cada hijo menor	37.615,854547	37.615,854547	37.615,854547
A cada hijo mayor:	—	—	—
Si es menor de veinticinco años	15.046,339185	15.046,339185	5.642,377194
Si es mayor de veinticinco años	7.523,169592	7.523,169592	3.761,584796
A cada padre con o sin convivencia con la víctima	7.523,169592	7.523,169592	—
A cada hermano menor huérfano y dependiente de la víctima	37.615,854547	37.615,854547	—

Perjudicados/beneficiarios ¹ de la indemnización (por grupos excluyentes)	Edad de la víctima		
	Hasta 65 años Euros	De 66 a 80 años Euros	Más de 80 años Euros
GRUPO II			
Víctima sin cónyuge ³ y con hijos menores			
Sólo un hijo	135.417,065833	135.417,065833	135.417,065833
Sólo un hijo, de víctima separada legalmente	105.324,387464	105.324,387464	105.324,387464
Por cada hijo menor más ⁴	37.615,854547	37.615,854547	37.615,854547
A cada hijo mayor que concorra con menores	15.046,339185	15.046,339185	5.642,377194
A cada padre con o sin convivencia con la víctima	7.523,169592	7.523,169592	–
A cada hermano menor huérfano y dependiente de la víctima	37.615,854547	37.615,854547	–
GRUPO III			
Víctima sin cónyuge ³ y con todos sus hijos mayores			
III.1. Hasta veinticinco años:			
A un solo hijo	97.801,217871	97.801,217871	56.423,778528
A un solo hijo, de víctima separada legalmente	75.231,702509	75.231,702509	45.139,024140
Por cada otro hijo menor de veinticinco años ⁴	22.569,508777	22.569,508777	11.284,754388
A cada hijo mayor de veinticinco años que concorra con menores de veinticinco años	7.523,169592	7.523,169592	3.761,584796
A cada padre con o sin convivencia con la víctima	7.523,169592	7.523,169592	–
A cada hermano menor huérfano y dependiente de la víctima	37.615,854547	37.615,854547	–
III.2. Más de veinticinco años:			
A un solo hijo	45.139,024140	45.139,024140	30.092,684955
Por cada otro hijo mayor de veinticinco años más ⁴	7.523,169592	7.523,169592	3.761,584796
A cada padre con o sin convivencia con la víctima	7.523,169592	7.523,169592	–
A cada hermano menor huérfano y dependiente de la víctima	37.615,854547	37.615,854547	–
GRUPO IV			
Víctima sin cónyuge ³ ni hijos y con ascendientes			

Perjudicados/beneficiarios ¹ de la indemnización (por grupos excluyentes)	Edad de la víctima		
	Hasta 65 años Euros	De 66 a 80 años Euros	Más de 80 años Euros
Padres⁵:			
Convivencia con la víctima	82.754,872101	60.185,363324	–
Sin convivencia con la víctima	60.185,363324	45.139,024140	–
Abuelo sin padres⁶:			
A cada uno	22.569,508777	–	–
A cada hermano menor de edad en convivencia con la víctima en los dos casos anteriores	15.046,339185	–	–
GRUPO V			
Víctima con hermanos solamente			
V.1. Con hermanos menores de veinticinco años:			
A un solo hermano	60.185,363324	45.139,024140	30.092,684955
Por cada otro hermano menor de veinticinco años ⁷	15.046,339185	15.046,339185	7.523,169592
A cada hermano mayor de veinticinco años que concorra con hermanos menores de veinticinco años	7.523,169592	7.523,169592	7.523,169592
V.2. Sin hermanos menores de veinticinco años:			
A un solo hermano	37.615,854547	22.569,508777	15.046,339185
Por cada otro hermano ⁷	7.523,169592	7.523,169592	7.523,169592

Tabla II

FACTORES DE CORRECCIÓN PARA LAS INDEMNIZACIONES BÁSICAS POR MUERTE

Descripción	Aumento (en porcentaje o en euros)	Porcentaje de reducción
Perjuicios económicos		
Ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal:		
Hasta 22.569,508777 euros ¹	Hasta el 10	–
De 22.569,521949 a 45.139,024140 euros	Del 11 al 25	–
De 45.139,030726 a 75.231,702509 euros	Del 26 al 50	–
Más de 75.231,702509 euros	Del 51 al 75	–
Circunstancias familiares especiales		
Discapacidad física o psíquica acusada (anterior al accidente) del perjudicado/beneficiario:		

Descripción	Aumento (en porcentaje o en euros)	Porcentaje de reducción
Si es cónyuge o hijo menor	Del 75 al 100 ²	–
Si es hijo mayor con menos de veinticinco años	Del 50 al 75 ²	–
Cualquier otro perjudicado/beneficiario	Del 25 al 50 ²	–
Víctima hijo único		
Si es menor	Del 30 al 50	–
Si es mayor, con menos de veinticinco años	Del 20 al 40	–
Si es mayor, con más de veinticinco años	Del 10 al 25	–
Fallecimiento de ambos padres en el accidente		
Con hijos menores	Del 75 al 100 ³	–
Sin hijos menores		
Con hijos menores de veinticinco años	Del 25 al 75 ³	–
Sin hijos menores de veinticinco años	Del 10 al 25 ³	–
Víctima embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente		
Si el concebido fuera el primer hijo:		
Hasta el tercer mes de embarazo	11.284,754388	–
A partir del tercer mes	30.092,684955	–
Si el concebido fuera el segundo hijo o posteriores:		
Hasta el tercer mes	7.523,169592	–
A partir del tercer mes	15.046,339185	–
Elementos correctores del apartado primero.7 de este anexo	–	Hasta el 75

Tabla III

**INDEMNIZACIONES BÁSICAS POR LESIONES PERMANENTES
(incluidos daños morales)**

Valores del punto en euros

Puntos	Menos de 20 años Euros	De 21 a 40 años Euros	De 41 a 55 años Euros	De 56 a 65 años Euros	Más de 65 años Euros
1	668,946311	619,306184	569,652886	524,418921	469,378118
2	689,594021	636,996694	584,392783	538,928302	476,813929
3	708,120979	652,823313	597,499304	551,889926	484,335359
4	724,546941	666,766282	608,952691	563,284039	488,399040
5	738,858735	678,832184	618,772703	573,130395	492,548341
6	751,076120	689,014437	626,946167	581,389480	495,617505

Puntos	Menos de 20 años Euros	De 21 a 40 años Euros	De 41 a 55 años Euros	De 56 a 65 años Euros	Más de 65 años Euros
7	767,218876	702,871783	638,511519	592,770419	501,538492
8	781,761187	715,326272	648,851840	602,979015	506,642791
9	794,749157	726,364729	657,960543	612,008684	510,910642
10-14	806,149854	735,993741	665,844215	619,879183	514,381565
15-19	947,443424	867,217024	786,970865	729,835652	574,012945
20-24	1.077,211157	987,737744	898,257744	830,841487	628,480749
25-29	1.206,722029	1.107,922568	1.009,136281	931,597047	684,107723
30-34	1.327,960644	1.220,460825	1.112,967591	1.025,924483	736,006914
35-39	1.441,137761	1.325,523754	1.209,916332	1.114,001623	784,296871
40-44	1.546,470724	1.423,322113	1.300,180089	1.195,966778	829,069801
45-49	1.644,143946	1.514,020558	1.383,903756	1.271,978015	870,391568
50-54	1.734,394530	1.597,836433	1.461,278335	1.342,226336	908,367549
55-59	1.854,467390	1.709,096968	1.563,726546	1.435,532912	962,334803
60-64	1.972,182392	1.818,184060	1.664,192314	1.527,008529	1.015,235094
65-69	2.087,605400	1.925,124053	1.762,662464	1.616,705872	1.067,114525
70-74	2.200,756173	2.029,982810	1.859,222620	1.704,624944	1.117,966511
75-79	2.311,674226	2.132,773503	1.953,885952	1.790,831606	1.167,823981
80-84	2.420,438594	2.233,555408	2.046,685392	1.875,352204	1.216,700110
85-89	2.527,049279	2.332,361454	2.137,673630	1.958,206494	1.264,627826
90-99	2.631,591898	2.429,231161	2.226,863837	2.039,447167	1.311,613717
100	2.734,073039	2.524,190871	2.314,321875	2.119,120328	1.357,670955

Tabla IV

**FACTORES DE CORRECCIÓN PARA LAS INDEMNIZACIONES BÁSICAS
POR LESIONES PERMANENTES**

Descripción	Aumento (en porcentaje o en euros)	Porcentaje de reducción
Perjuicios económicos		
Ingresos netos de la víctima por trabajo personal:		
Hasta 22.569,508777 euros ¹	Hasta el 10	-
De 22.569,521949 a 45.139,024140 euros	Del 11 al 25	-
De 45.139,030726 hasta 75.231,702509 euros	Del 26 al 50	-
Más de 75.231,702509 euros	Del 51 al 75	-
Daños morales complementarios		
Se entenderán ocasionados cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos. Sólo en estos casos será aplicable	Hasta 75.231,702509	-
Lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima		

Descripción	Aumento (en porcentaje o en euros)	Porcentaje de reducción
Permanente parcial:		
Con secuelas permanentes que limiten parcialmente la ocupación o actividad habitual, sin impedir la realización de las tareas fundamentales de ésta	Hasta 15.046,339185	-
Permanente total:		
Con secuelas permanentes que impidan totalmente la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado	De 15.046,345771 a 75.231,702510	-
Permanente absoluta:		
Con secuelas que inhabiliten al incapacitado para la realización de cualquier ocupación o actividad	De 75.231,709095 a 150.463,411603	-
Grandes inválidos		
Personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejías, paraplejías, estados de coma vigil o vegetativos crónicos, importantes secuelas neurológicas o neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, etc.)		
Necesidad de ayuda de otra persona:		
Ponderando la edad de la víctima y grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida. Se asimilan a esta prestación el coste de la asistencia en los casos de estados de coma vigil o vegetativos crónicos	Hasta 300.926,816622	-
Adecuación de la vivienda		
Según características de la vivienda y circunstancias del incapacitado, en función de sus necesidades	Hasta 75.231,702509	-
Perjuicios morales de familiares:		
Destinados a familiares próximos al incapacitado en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, según circunstancias	Hasta 112.847,557056	-
Embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente²		
Si el concebido fuera el primer hijo:		
Hasta el tercer mes de embarazo	Hasta 11.284,754388	-
A partir del tercer mes	Hasta 30.092,684955	-
Si el concebido fuera el segundo hijo o posteriores:		
Hasta el tercer mes de embarazo	Hasta 7.523,169592	-
A partir del tercer mes	Hasta 15.046,339185	-
Elementos correctores del apartado primero.7 de este anexo	Según circunstancias	Según circunstancias

Descripción	Aumento (en porcentaje o en euros)	Porcentaje de reducción
Adecuación del vehículo propio		
Según características del vehículo y circunstancias del incapacitado permanente, en función de sus necesidades	Hasta 22.569,508777	–

Tabla V

INDEMNIZACIONES POR INCAPACIDAD TEMPORAL
(Compatibles con otras indemnizaciones)

A) Indemnización básica (incluidos daños morales):

Día de baja	Indemnización diaria – Euros
Durante la estancia hospitalaria	56,384386
Sin estancia hospitalaria:	
Impeditivo ¹	45,813548
No impeditivo	24,671873

B) Factores de corrección:

Descripción	Porcentajes aumento	Porcentajes disminución
Perjuicios económicos:		
Ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal:		
Hasta 22.569,508777 euros	Hasta el 10	–
De 22.569,521949 a 45.139,024140 euros	Del 11 al 25	–
De 45.139,030726 hasta 75.231,702509 euros	Del 26 al 50	–
Más de 75.231,702509 euros	Del 51 al 75	–
Elementos correctores de disminución del apartado primero.7 de este anexo	–	Hasta el 75

Tabla VI

CLASIFICACIONES Y VALORACIÓN DE SECUELAS

Índice

Capítulo 1. *Cabeza*: Cráneo y encéfalo.–Cara: Sistema osteoarticular. Boca. Nariz. Sistema olfatorio y gustativo. Sistema ocular. Sistema auditivo.–Capítulo 2. *Tronco*: Columna vertebral y pelvis. Cuello (órganos). Tórax. Abdomen y pelvis (órganos y vísceras).–Capítulo 3. *Aparato cardiovascular*: Corazón. Vascular periférico.–Capítulo 4. *Extremidad superior y cintura escapular*: Hombro. Clavícula. Brazo. Codo. Antebrazo y muñeca. Mano.–Capítulo 5. *Extremidad inferior y cadera*: Dismetrías. Cadera. Muslo. Rodilla. Pierna. Tobillo. Pie.–Capítulo 6. *Médula espinal*

y pares craneales: Médula espinal. Nervios craneales.—Capítulo 7. Sistema nervioso periférico: Miembros superiores. Miembros inferiores.—Capítulo 8. Trastornos endocrinos.—Capítulo especial. *Perjuicio estético.*

Reglas de carácter general:

1. La puntuación otorgada a cada secuela, según criterio clínico y dentro del margen permitido, tendrá en cuenta su intensidad y gravedad desde el punto de vista físico o biológico-funcional, sin tomar en consideración la edad, sexo o la profesión.

2. Una secuela debe ser valorada una sola vez, aunque su sintomatología se encuentre descrita en varios apartados de la tabla, sin perjuicio de lo establecido respecto del perjuicio estético. No se valorarán las secuelas que estén incluidas y/o se deriven de otra, aunque estén descritas de forma independiente.

3. Las denominadas secuelas temporales, es decir, aquellas que están llamadas a curarse a corto o medio plazo, no tienen la consideración de lesión permanente, pero se han de valorar de acuerdo con las reglas del párrafo a) de la tabla V, computando, en su caso, su efecto impeditivo o no y con base en el cálculo razonable de su duración, después de haberse alcanzado la estabilización lesional.

Descripción de las secuelas	Puntuación
Capítulo 1. CABEZA CRÁNEO Y ENCÉFALO	
Pérdida de sustancia ósea:	
Que no requiere craneoplastia	1-5
Que requiere craneoplastia	5-15
Síndromes neurológicos de origen central	
Síndromes no motores	
Afasia	
Motora (Broca)	25-35
Sensitiva (Wernicke)	35-45
Mixta	50-60
Amnesia	
De fijación o anterógrada (incluida en deterioro de las funciones cerebrales superiores integradas)	
De evocación o retrógrada (incluida en el síndrome postconmocional)	
Epilepsia	
Parciales o focales	
Simple sin antecedentes, en tratamiento y con evidencia electroencefalográfica	1-10
Complejas	10-20
Generalizadas	
Ausencias sin antecedentes y controlada médicamente	5
Tónico-clónicas	
Bien controlada médicamente	15
No controlada médicamente	

Descripción de las secuelas	Puntuación
Con dificultad en las actividades de la vida diaria	55-70
Que impide las actividades de la vida diaria	80-90
Deterioro de las funciones cerebrales superiores integradas, acreditado mediante pruebas específicas («Outcome Glasgow Scale»):	
Leve (limitación leve de las funciones interpersonales y sociales de la vida diaria)	10-20
Moderado (limitación moderada de algunas, pero no de todas las funciones interpersonales y sociales de la vida cotidiana; existe necesidad de supervisión de las actividades de la vida diaria)	20-50
Grave (limitación grave que impide una actividad útil en casi todas las funciones sociales e interpersonales diarias; requiere supervisión continua y restricción al hogar o a un centro)	50-75
Muy grave (limitación grave de todas las funciones diarias que requiere una dependencia absoluta de otra persona, no es capaz de cuidar de sí mismo)	75-90
Fístulas osteodurales	1-10
Síndromes extrapiramidales (valorar según alteraciones funcionales)	
Derivación ventrículo-peritoneal, ventrículo-vascular (por hidrocefalia postraumática) según alteración funcional	15-25
Estado vegetativo persistente	100
Síndrome cerebeloso unilateral	50-55
Síndrome cerebeloso bilateral	75-95
Síndromes motores:	
Disartria	10-20
Ataxia	10-35
Apraxia	10-35
Hemiplejía (según dominancia)	80-85
Hemiparexia (según dominancia):	
Leve	15-20
Moderada	20-40
Grave	40-60
Otros déficit motores de extremidades de origen central: asimilar y valorar conforme a los supuestos indicados en las mismas lesiones de origen medular (los valores mayores se otorgarán según dominancia y existencia de espasticidad)	
Síndromes psiquiátricos:	
Trastornos de la personalidad:	
Síndrome posconmocional (cefaleas, vértigos, alteraciones del sueño, de la memoria, del carácter, de la libido)	5-15
Trastorno orgánico de la personalidad:	
Leve (limitación leve de las funciones interpersonales y sociales diarias)	10-20
Moderado (limitación moderada de algunas, pero no de todas las funciones interpersonales y sociales de la vida cotidiana, existe necesidad de supervisión de las actividades de la vida diaria)	20-50

Descripción de las secuelas	Puntuación
Grave (limitación grave que impide una actividad útil en casi todas las funciones sociales e interpersonales diarias, requiere supervisión continua y restricción al hogar o a un centro)	50-75
Muy grave (limitación grave de todas las funciones diarias que requiere una dependencia absoluta de otra persona: no es capaz de cuidar de sí mismo)	75-90
Trastorno del humor:	
Trastorno depresivo reactivo	5-10
Trastornos neuróticos:	
Por estrés postraumático	1-3
Otros trastornos neuróticos	1-5
Agravaciones:	
Agravación o desestabilización de demencia no traumática (incluye demencia senil)	5-25
Agravación o desestabilización de otros trastornos mentales	1-10
CARA <i>Sistema osteoarticular</i>	
Alteración traumática de la oclusión dental por lesión inoperable (consolidación viciosa, pseudoartrosis del maxilar inferior y/o superior, pérdida de sustancias, etc.)	
Con contacto dental:	
Unilateral	5-15
Bilateral	1-5
Sin contacto dental	15-30
Deterioro estructural de maxilar superior y/o inferior (sin posibilidad de reparación). Valorar según repercusión funcional sobre la masticación	40-75
Pérdida de sustancia (paladar duro y blando):	
Sin comunicación con cavidad nasal	20-25
Con comunicación con cavidad nasal (inoperable)	25-35
Limitación de la apertura de la articulación témporo-mandibular (de 0 a 45 mm) según su repercusión	1-30
Luxación recidivante de la articulación témporo-mandibular:	
Luxación entre los 20-45 mm de apertura	5-10
Luxación entre los 0-20 mm de apertura	10-25
Subluxación recidivante de la articulación témporo-mandibular	1-5
Material de osteosíntesis	1-8
BOCA	
Dientes (pérdida completa traumática):	
De un incisivo	1
De un canino	1
De un premolar	1
De un molar	1

Descripción de las secuelas	Puntuación
Lengua:	
Trastornos cicatriciales (cicatrices retráctiles de la lengua que originan alteraciones funcionales (tras reparación quirúrgica)	1-5
Amputación:	
Parcial:	
Menos del 50 por 100	5-20
Más del 50 por 100	20-45
Total	45
Alteración parcial del gusto	5-12
NARIZ	
Pérdida de la nariz:	
Parcial	5-25
Total	25
Alteración de la respiración nasal por deformidad ósea o cartilaginosa	2-5
Sinusitis crónica postraumática	5-12
SISTEMA OLFATORIO Y GUSTATIVO	
Disosmia	2
Hiposmia	3-6
Anosmia	7
Anosmia con alteraciones gustativas	7-10
SISTEMA OCULAR	
Globo ocular:	
Ablación de un globo ocular	30
Ablación de ambos globos oculares	90
Esclerocórnea:	
Leucoma (valorar según pérdida de campo visual)	
Iris:	
Alteraciones postraumáticas de iris (valorar la pérdida de la agudeza visual y añadir de 1-5 puntos en caso de trastorno de la acomodación)	1-5
Cristalino:	
Catarata postraumática inoperable (valores según agudeza visual)	
Afaquia unilateral tras fracaso quirúrgico; valorar según trastorno de la agudeza visual (ver tablas A y B adjuntas y combinar valores obtenidos) y añadir 5 puntos	
Colocación de lente intraocular	5
Anejos oculares:	
Músculos: parálisis de uno o varios músculos (ver pares craneales)	
Entropión, triptiasis, ectropión, cicatrices viciosas	1-10
Maloclusión palpebral:	
Unilateral	1-6

Descripción de las secuelas	Puntuación
Bilateral	6-15
Ptois palpebral:	
Unilateral (añadir pérdida del campo visual)	2-8
Bilateral (añadir pérdida del campo visual)	8-16
Alteraciones constantes y permanentes de la secreción lacrimal (por exceso o por defecto).	
Unilateral	1-6
Bilateral	6-12
Manifestaciones hiperestésicas o hipoestésicas	1-5
Campo visual:	
Visión periférica:	
Hemianopsias:	
Homónimas	35-45
Heterónimas:	
Nasal	40-50
Temporal	30-40
Cuadrantanopsias:	
Nasal inferior	10-20
Nasal superior	3-8
Temporal inferior	3-8
Temporal superior	2-7
Escotomas yuxtacentrales	5-20
Visión central:	
Escotoma central	15-20
Función óculo-motriz:	
Diplopía:	
En posiciones altas de la mirada (menos de 10° de desviación)	1-10
En el campo lateral (menos de 10° de desviación)	5-15
En la parte inferior del campo visual (menos de 10° de desviación)	10-20
En todas las direcciones, obligando a ocluir un ojo (desviación de más de 10°)	20-25
Agudeza visual:	
Déficit de la agudeza visual (consultar tablas A y B adjuntas y combinar sus valores).	
Pérdida de visión de un ojo	25
Nota: si el ojo afectado por el traumatismo tenía anteriormente algún déficit visual, la tasa de agravación será la diferencia entre el déficit actual y el existente.	
Ceguera	85
SISTEMA AUDITIVO	
Deformación importante del pabellón auditivo o pérdida:	

Descripción de las secuelas	Puntuación
Unilateral	1-4
Bilateral	4-8
Acúfenos	1-3
Vértigos (objetivados con los test correspondientes):	
Esporádicos	1-3
Persistentes	15-30
Déficit de la agudeza auditiva (ver tabla C)	1-70
Nota: si el oído afectado por el traumatismo tenía anteriormente algún déficit de la audición, la tasa de agravación será la diferencia entre el déficit actual y el existente.	
Capítulo 2. TRONCO	
COLUMNA VERTEBRAL Y PELVIS	
Artrosis postraumática sin antecedentes	1-8
Agravación artrosis previa al traumatismo	1-5
Osteítis vertebral postraumática sin afectación medular	30-40
Material de osteosíntesis en columna vertebral	5-15
Fractura acuñaamiento anterior/aplastamiento:	
Menos de 50 por 100 de la altura de la vértebra	1-10
Más del 50 por 100 de la altura de la vértebra	10-15
Cuadro clínico derivado de hernia/s o protusión/es discal/es operada/s o sin operar; se considera globalmente todo el segmento afectado de la columna (cervical, torácica o lumbar)	1-15
Alteraciones de la estática vertebral posfractura (valor según arco de curvatura y grados)	1-20
Algias postraumáticas:	
Sin compromiso radicular	1-5
Con compromiso radicular	5-10
Columna cervical:	
Limitación de la movilidad de la columna cervical	5-15
Síndrome postraumático cervical (cervicalgia, mareos, vértigos, cefaleas)	1-8
Columna tóraco-lumbar:	
Limitación de la movilidad de la columna tóraco-lumbar	2-25
Sacro y pelvis:	
Disyunción púbica y sacroilíaca (según afectación sobre estática vertebral y función locomotriz)	5-12
Estrechez pélvica con imposibilidad de parto por vía natural	5-10
CUELLO (ÓRGANOS)	
Faringe:	
Estenosis con obstáculo a la deglución	12-25
Esófago:	

Descripción de las secuelas	Puntuación
Divertículos esofágicos postraumáticos	15-20
Trastornos de la función motora	15-20
Hernia de hiato esofágica (según trastorno funcional)	2-20
Fístula esófago-traqueal inoperable	10-35
Fístula externa	10-25
Laringe:	
Estenosis:	
Estenosis cicatriciales que determinen disfonía	5-12
Estenosis cicatriciales que determinen disnea de esfuerzo sin posibilidad de prótesis	15-30
Parálisis:	
Parálisis de una cuerda vocal (disfonía)	5-15
Parálisis de dos cuerdas vocales (afonía)	25-30
Tráquea:	
Traqueotomizado con necesidad permanente de cánula	35-45
Estenosis traqueal (valorar insuficiencia respiratoria)	
TÓRAX	
Sistema óseo:	
Fractura de costillas/esternón con neuralgias intercostales esporádicas y/o persistentes	1-6
Parénquima pulmonar:	
Secuelas postraumáticas pleurales según repercusión funcional	10-15
Resección:	
R. parcial de un pulmón (añadir valoración de insuficiencia respiratoria)	5
R. total de un pulmón (neumonectomía) (añadir valoración de insuficiencia respiratoria)	12
Parálisis del nervio frénico (se valorará la insuficiencia respiratoria)	
Función respiratoria:	
Insuficiencia respiratoria restrictiva (cuantificar según espirometría):	
Restricción tipo I (100-80 por 100)	1-10
Restricción tipo II (80-60 por 100)	10-30
Restricción tipo III (60-50 por 100)	30-60
Restricción tipo IV (<50 por 100)	60-90
Mamas:	
Mastectomía:	
Unilateral	5-15
Bilateral	15-25
ABDOMEN Y PELVIS (ÓRGANOS Y VÍSCERAS)	
Estómago:	

Descripción de las secuelas	Puntuación
Gastrectomía:	
Parcial	5-15
Subtotal	15-30
Total	45
Intestino delgado:	
Fístulas:	
Sin trastorno nutritivo	3-15
Con trastorno nutritivo	15-30
Yeyuno-ilectomía parcial o total (según repercusión funcional)	5-60
Intestino grueso:	
Colectomía:	
Parcial:	
Sin trastorno funcional	5
Con trastorno funcional	5-30
Total	60
Sigma, recto y ano:	
Incontinencia con o sin prolapso	20-50
Colostomía	40-50
Hígado:	
Alteraciones hepáticas:	
Leve (sin trastornos de la coagulación ni citolisis, pero con colestasis)	1-15
Moderada (ligera alteración de la coagulación y/o signos mínimos de citolisis)	15-30
Grave (alteración severa de la coagulación, citolisis y colestasis)	30-60
Lobectomía hepática sin alteración funcional	10
Extirpación vesícula biliar	5-10
Fístulas biliares	15-30
Páncreas:	
Alteraciones postraumáticas	1-15
Bazo:	
Esplenectomía:	
Sin repercusión hemato-inmunológica	5
Con repercusión hemato-inmunológica	10-15
Hernias y adherencias (inoperables):	
Inguinal, crural, epigástrica	10-20
Adherencias peritoneales	8-15
Eventraciones	10-20
Riñón:	
Nefrectomía:	
Nefrectomía unilateral parcial-total (valorar insuficiencia renal si procede)	20-25

Descripción de las secuelas	Puntuación
Nefrectomía bilateral	70
Insuficiencia renal (valorar según aclaramiento de creatinina y alteraciones subsiguientes):	
Grado I: 120-90 ml/min	5-10
Grado II: 90-60 ml/min	10-20
Grado III: 60-30 ml/min	20-40
Grado IV: < de 30 ml/min	40-70
Vejiga:	
Retención crónica de orina: Sondajes obligados	10-20
Incontinencia urinaria:	
De esfuerzo	2-15
Permanente	30-40
Uretra:	
Estrechez sin infección ni insuficiencia renal	2-8
Uretritis crónica	2-8
Aparato genital masculino:	
Desestructuración del pene (incluye disfunción eréctil):	
Sin estrechamiento del meato	30-40
Con estrechamiento del meato	40-50
Pérdida traumática:	
De un testículo	20-30
De dos testículos	40
Varicocele	2-10
Impotencia (según repercusión funcional)	2-20
Aparato genital femenino:	
Lesiones vulvares y vaginales que dificulten o imposibiliten el coito (según repercusión funcional)	20-30
Pérdida del útero:	
Antes de la menopausia	40
Después de la menopausia	10
Ovarios:	
Pérdida de un ovario	20-25
Pérdida de dos ovarios	40
Capítulo 3. APARATO CARDIOVASCULAR	
CORAZÓN	
Insuficiencia cardíaca:	
Grado I: disnea de grandes esfuerzos (fracción de eyección: 60 por 100-50 por 100)	1-10
Grado II: disnea de moderados esfuerzos (fracción de eyección: 50 por 100-40 por 100)	10-30

Descripción de las secuelas	Puntuación
Grado III: disnea de pequeños esfuerzos (fracción de eyección: 40 por 100-30 por 100)	30-60
Grado IV: disnea de reposo (fracción de eyección: < de 30 por 100)	60-90
Prótesis valvulares	20-30
Secuelas tras traumatismo cardíaco (sin insuficiencia cardíaca)	1-10
VASCULAR PERIFÉRICO	
Aneurismas de origen traumático operado (valorar según el grado de incapacidad que ocasione en el apartado correspondiente):	
Trastornos venosos de origen postraumático:	
Flebitis o traumatismos venosos en pacientes con patología venosa previa:	
Leve (apreciación de varices y pigmentación)	1-8
Moderado (aparición de edema, eccema, dolor y celulitis indurada)	9-15
Grave (aparición de úlceras y trastornos tróficos graves)	20-30
Trastornos arteriales de origen postraumático:	
Claudicación intermitente y frialdad (según repercusión funcional)	1-15
Claudicación intermitente, frialdad y trastornos tróficos (según repercusión funcional)	15-25
Fístulas arteriovenosas de origen postraumático:	
Sin repercusión regional o general	1-20
Con repercusión regional (edemas, varices...)	20-40
Con repercusión general (valorar según insuficiencia cardíaca)	
Linfedema	10-15
Material sustitutivo y/o prótesis	20-30
Capítulo 4. EXTREMIDAD SUPERIOR Y CINTURA ESCAPULAR	
Nota: la puntuación de una o varias secuelas correspondientes a una articulación, miembro, aparato o sistema (en el caso de que sean varias secuelas tras utilizar la fórmula de incapacidades concurrentes) nunca podrá superar a la que corresponda por la pérdida total, anatómica y/o funcional de esta articulación, miembro, aparato o sistema.	
HOMBRO	
Desarticulación/amputación del hombro:	
Unilateral	55-60
Bilateral	90
Hombro oscilante (pseudoartrosis, resecciones y amplias pérdidas de sustancia y resección de la cabeza humeral)	30-40
Abolición total de la movilidad del hombro (anquilosis y artrodesis):	
En posición funcional	20
En posición no funcional	25
Limitación de la movilidad (se valorará el arco de movimiento posible):	
Abducción (N: 180°):	
Mueve más de 90°	1-5

Descripción de las secuelas	Puntuación
Mueve más de 45° y menos de 90°	5-10
Mueve menos de 45°	10-15
Aducción (N: 30°)	1-3
Flexión anterior (N: 180°) (se valorará el arco de movimiento posible):	
Mueve más de 90°	1-5
Mueve más de 45° y menos 90°	5-10
Mueve menos de 45°	10-15
Flexión posterior (extensión) (N: 40°)	1-5
Rotación:	
Externa (N: 90°)	1-5
Interna (N: 60°)	1-6
Luxación recidivante del hombro inoperable (según repercusión funcional)	5-15
Osteoartritis séptica crónica (según limitación funcional)	20-25
Artrosis postraumática y/u hombro doloroso	1-5
Agravación de una artrosis previa	1-5
Prótesis total del hombro (según sus limitaciones funcionales, las cuales están incluidas)	15-25
Material de osteosíntesis	1-5
CLAVÍCULA	
Luxación acromio-clavicular/esterno-clavicular (inoperables)	1-5
Pseudoartrosis clavícula inoperable (según limitaciones funcionales)	5-10
Material de osteosíntesis	1-3
BRAZO	
Amputación a nivel de húmero:	
Unilateral	45-50
Bilateral	80
Consolidaciones en rotación y/o angulaciones del húmero superiores a 10°	1-5
Pseudoartrosis de húmero inoperable:	
Sin infección activa	15
Con infección activa	20
Osteomielitis activa de húmero	15
Acortamiento/alargamiento del miembro superior mayor de dos centímetros	1-5
Material de osteosíntesis	1-5
CODO	
Amputación-desarticulación del codo	40-45
Anquilosis-artrodesis de codo:	
En posición funcional	10-20
En posición no funcional	20-30
Limitación de la movilidad (grados): se considera la posición neutra (funcional) con el brazo a 90°	

Descripción de las secuelas	Puntuación
Desde esa posición, el arco de máxima flexión es de 60° y el de la extensión máxima es de 90°	
Limitación de la flexión:	
Mueve menos de 30°	5-15
Mueve más de 30°	1-5
Limitación de la extensión:	
Mueve menos de 60°	5-15
Mueve más de 60°	1-5
Los movimientos de pronosupinación se valoran en el apartado antebrazo y muñeca	
Osteoartritis séptica crónica (según limitación funcional)	20-25
Artrosis postraumática y/o codo doloroso	1-5
Agravación de una artrosis previa	1-5
Prótesis de codo (según sus limitaciones funcionales, las cuales están incluidas)	15-20
Material de osteosíntesis	1-4
ANTEBRAZO Y MUÑECA	
Amputación antebrazo:	
Unilateral	40-45
Bilateral	70-75
Extirpación de la cabeza del radio (se incluye la limitación funcional)	1-5
Anquilosis/artrodesis de la muñeca:	
En posición funcional	8-10
En posición no funcional	10-15
Limitación de la movilidad de la muñeca (grados):	
Pronación (N: 90°)	1-5
Supinación (N: 90°)	1-5
Flexión (N: 80°)	1-7
Extensión (N: 70°)	1-8
Inclinación radial (N: 25°)	1-3
Inclinación cubital (N: 45°)	1-3
Consolidaciones en rotación y/o angulaciones del antebrazo superiores a 10°	1-3
Pseudoartrosis inoperable de cúbito y radio:	
Sin infección activa	18-20
Con infección activa	20-25
Pseudoartrosis inoperable de cúbito:	
Sin infección activa	8-10
Con infección activa	10-15
Pseudoartrosis inoperable de radio:	
Sin infección activa	6-8

Descripción de las secuelas	Puntuación
Con infección activa	8-12
Luxación radio-cubital distal inveterada (según limitación funcional)	1-7
Retracción isquémica de Volkmann	30-35
Artrosis postraumática y/o antebrazo-muñeca dolorosa	1-5
Material de osteosíntesis	1-4
MANO	
Carpo y metacarpo:	
Amputación de una mano (a la altura del carpo o metacarpo):	
Unilateral	35-40
Bilateral	65
Pseudoartrosis inoperable de escafoides	6
Síndrome residual postalgodistrofia de mano	1-5
Material de osteosíntesis	1-3
Dedos:	
Amputación completa del primer dedo:	
Unilateral	15-20
Bilateral	32
Amputación completa de la falange distal del primer dedo	8-10
Amputación completa del segundo dedo:	
Unilateral	8-10
Bilateral	18
Amputación completa de la falange distal del segundo dedo	5-6
Amputación completa de la falange media y distal del segundo dedo	6-7
Amputación completa del 3.º, 4.º ó 5.º dedo (por cada dedo)	6-7
Amputación completa de la falange distal del 3.º, 4.º ó 5.º dedo (por cada dedo)	3-4
Amputación completa de la falange media y distal del 3.º, 4.º ó 5.º dedo (por cada dedo)	5-6
Anquilosis/artrodesis del primer dedo (se incluyen el conjunto de las articulaciones):	
En posición funcional	7-10
En posición no funcional	10-15
Anquilosis/artrodesis del segundo dedo (se incluye el conjunto de las articulaciones):	
En posición funcional	4-5
En posición no funcional	5-8
Anquilosis/artrodesis de 3.º, 4.º ó 5.º dedo (se incluye el conjunto de las articulaciones):	
En posición funcional	2-4
En posición no funcional	4-6
Limitación de la movilidad de las articulaciones metacarpo-falángicas:	

Descripción de las secuelas	Puntuación
Primer dedo	1-5
Resto dedos (por cada dedo)	1-2
Limitación de la movilidad de la articulación carpo-metacarpiana del primer dedo	1-5
Limitación funcional de las articulaciones interfalángicas:	
Primer dedo	1-3
Resto dedos (por cada articulación)	1
Artrosis postraumática y/o dolor en mano	1-3
Capítulo 5. EXTREMIDAD INFERIOR Y CADERA	
Nota: la puntuación de una o varias secuelas correspondientes a una articulación, miembro, aparato o sistema (en el caso de que sean varias secuelas tras utilizar la fórmula de incapacidades concurrentes) nunca podrá superar a la que corresponda por la pérdida total, anatómica y/o funcional de esta articulación, miembro, aparato o sistema.	
DISMETRÍAS	
Acortamiento de la extremidad inferior:	
Inferior a 3 centímetros	3-12
De 3 a 6 centímetros	12-24
De 6 a 10 centímetros	24-40
CADERA	
Desarticulación/amputación:	
Unilateral	60-70
Bilateral	90-95
Anquilosis/artrodesis:	
En posición funcional	25
En posición no funcional	25-35
Limitación de movilidad (se valorará el arco de movimiento posible):	
Flexión (N: 120°):	
Mueve más de 90°	1-5
Mueve más de 45° y menos de 90°	5-10
Mueve menos de 45°	10-15
Extensión (N: 20°)	
Mueve más de 30°	1-3
Mueve menos de 30°	3-6
Aducción (N: 60°):	
Mueve más de 30°	1-3
Mueve menos de 30°	3-6
Rotación externa (N: 60°):	
Mueve más de 30°	1-3
Mueve menos de 30°	3-6
Rotación interna (N: 30°)	
Mueve más de 30°	1-3
Mueve menos de 30°	3-6
Osteoartritis séptica crónica (según limitación funcional)	20-35

Descripción de las secuelas	Puntuación
Artrosis postraumática (incluye las limitaciones funcionales y el dolor)	1-10
Coxalgia postraumática inespecífica	1-10
Necrosis de cabeza femoral	20-25
Agravación de artrosis previa	1-5
Prótesis:	
Parcial (según sus limitaciones funcionales, las cuales están incluidas)	15-20
Total (según sus limitaciones funcionales, las cuales están incluidas)	20-25
Material de osteosíntesis	1-10
MUSLO	
Amputación de fémur:	
Unilateral, a nivel diafisario o de la rodilla	50-60
Bilateral, a nivel diafisario o de las rodillas	85-90
Pseudoartrosis de fémur inoperable:	
Sin infección activa	30
Con infección activa	40
Consolidaciones en rotación y/o angulaciones:	
De 1° a 10°	1-5
Más de 10°	5-10
Osteomielitis crónica de fémur	20
Material de osteosíntesis	1-10
RODILLA	
Anquilosis/artrodesis de rodilla:	
En posición funcional	20
En posición no funcional	20-30
Limitación de movilidad:	
Flexión (N: 135°):	
Mueve más de 90°	1-5
Mueve más de 45° y menos de 90°	5-10
Mueve menos de 45°	10-15
Extensión:	
Mueve menos de 10°	4-10
Mueve más de 10°	1-3
Osteoartritis séptica crónica (según limitación funcional)	20-35
Artrosis postraumática (se refiere a las articulaciones fémoro-tibial y fémoro-patelar e incluye las limitaciones funcionales y el dolor)	1-10
Gonalgia postraumática inespecífica/agravación de una artrosis previa	1-5
Lesiones de ligamentos:	
Ligamentos laterales (operados o no) con sintomatología	1-10
Ligamentos cruzados (operados o no) con sintomatología	1-15

Descripción de las secuelas	Puntuación
Secuelas de lesiones meniscales (operadas o no operadas) con sintomatología	1-5
Prótesis de rodilla:	
Parcial (incluyendo limitaciones funcionales)	15-20
Total de rodilla (incluyendo limitaciones funcionales)	20-25
Material de osteosíntesis	1-5
Rótula:	
Extirpación de la rótula (patelectomía):	
Parcial (patelectomía parcial)	1-10
Total (patelectomía total)	15
Luxación recidivante inoperable	1-10
Condropatía rotuliana postraumática	1-5
Material de osteosíntesis	1-3
PIERNA	
Amputación:	
Amputación unilateral	55-60
Amputación bilateral	80-85
Pseudoartrosis de tibia inoperable:	
Sin infección	25
Con infección activa	30
Consolidaciones en rotación y/o angulaciones:	
De 1° a 10°	1-5
Más de 10°	5-10
Osteomielitis de tibia	20
Material de osteosíntesis	1-6
TOBILLO	
Amputación a nivel tibio-tarsiano o del tarso:	
Unilateral	30-40
Bilateral	60-70
Anquilosis/artrodesis tibio-tarsiana:	
En posición funcional	12
En posición no funcional	12-20
Limitación de la movilidad (se valorará según el arco de movimiento posible):	
Flexión plantar (N: 45°)	1-7
Flexión dorsal (N: 25°)	1-5
Inestabilidad del tobillo por lesión ligamentosa	1-7
Síndrome residual postalgodistrofia de tobillo/pie	5-10
Artrosis postraumática (incluye las limitaciones funcionales y el dolor)	1-8
Agravación de una artrosis previa	1-5
Material de osteosíntesis	1-3

Descripción de las secuelas	Puntuación
PIE	
Amputación de metatarso y tarso:	
Unilateral	15-30
Bilateral	30-60
Triple artrodesis/anquilosis	10
Anquilosis/artrodesis subastragalina	5-8
Limitación de movilidad:	
Inversión (N: 30°)	1-3
Eversión (N: 20°)	1-3
Abducción (N: 25°)	1-3
Aducción (N: 15°)	1-3
Artrosis postraumática subastragalina	1-5
Talalgia/metatarsalgia postraumática inespecíficas	1-5
Pseudoartrosis astrágalo inoperable	10-15
Deformidades postraumáticas del pie (valgo, varo, etc.)	1-10
Material de osteosíntesis	1-3
Dedos:	
Amputación primer dedo	10
Amputación de resto de los dedos (por cada dedo)	3
Amputación segunda falange del primer dedo	3
Amputación segunda y tercera falanges del resto de los dedos (por cada dedo)	1
Limitación funcional de la articulación metatarso-falángica:	
Primer dedo	2
Resto de los dedos	1
Material de osteosíntesis	1
Capítulo 6. MÉDULA ESPINAL Y PARES CRANEALES	
MÉDULA ESPINAL	
Tetraplejía:	
Por encima de C4 (ninguna movilidad. Sujeto sometido a respirador automático)	100
Tetraplejía C5-C6 (movilidad de cintura escapular)	95
Tetraplejía C7-C8 (puede utilizar miembros superiores. Posible la sedestación)	90
Tetraparesia:	
Leve (según tenga o no afectación de esfínteres)	40-50
Moderada (según tenga o no afectación de esfínteres)	60-70
Grave (según tenga o no afectación de esfínteres)	75-85
Paraplejía:	
Paraplejía D1-D5	85
Paraplejía D6-D10	80
Paraplejía D11-L1	75

Descripción de las secuelas	Puntuación
Síndrome medular transverso L2-L5 (la marcha es posible con aparatos, pero siempre teniendo el recurso de la silla de ruedas)	75
Síndrome de hemisección medular (Brown-Sequard):	
Leve	20-30
Moderado	30-50
Grave	50-70
Síndrome de cola de caballo:	
Síndrome completo (incluye trastornos motores, sensitivos y de esfínteres)	50-55
Síndrome incompleto (incluye posibles trastornos motores, sensitivos y de esfínteres):	
Alto (niveles L1, L2, L3)	35-45
Medio (por debajo de L4 hasta S2)	25-35
Bajo (por debajo de S2)	15-20
Monoparesia de miembro superior:	
Leve	15-18
Moderada	18-21
Grave	21-25
Monoparesia de miembro inferior:	
Leve	15
Moderada	25
Grave	30
Paraparesia de miembros superiores o inferiores:	
Leve	30-40
Moderada	50-55
Grave	60-65
Paresia de algún grupo muscular	5-25
Monoplejía de un miembro inferior o superior	40-60
NERVIOS CRANEALES	
I. Nervio olfatorio (ver capítulo 1)	
II. Nervio óptico (según defecto visual)	
III. Motor ocular común:	
Parálisis completa (diplopía, midriasis parálítica que obliga a la oclusión, ptosis)	25
Paresia (valorar según diplopía)	
IV. Motor ocular interno o patético:	
Parálisis completa: diplopía de campos inferiores	10
Paresia (valorar según diplopía)	
V. Nervio trigémino:	
Dolores intermitentes	2-12
Dolores continuos	15-30

Descripción de las secuelas	Puntuación
Parálisis suborbitaria. Hipo/anestesia rama oftálmica	5-10
Parálisis inferior. Hipo/anestesia rama maxilar	5-10
Parálisis lingual. Hipo/anestesia rama dento-mandibular	5-10
VI. Motor ocular externo:	
Parálisis completa	5
Paresia (según diplopía)	
VII. Nervio facial:	
Tronco:	
Parálisis	20
Paresia	5-15
Ramas:	
Parálisis	5-12
Paresia	2-5
Hipo/anestesia de dos tercios anteriores de la lengua	2-5
VIII. Nervio auditivo (ver capítulo 1)	
IX. Nervio glosofaríngeo:	
Parálisis (según trastorno funcional)	1-10
Paresia (según trastorno funcional)	1-5
Dolores	10-15
X. Parálisis nervio neumogástrico o vago:	
Leve	1-5
Moderada	5-15
Grave (valorar según trastorno funcional)	15-25
XI. Nervio espinal	5-20
XII. Nervio hipogloso	5-10
Parálisis:	
Parálisis unilateral	7-10
Parálisis bilateral	20
Paresia	1-7
Capítulo 7. SISTEMA NERVIOSO PERIFÉRICO MIEMBROS SUPERIORES	
Parálisis:	
Nervio circunflejo	10-15
Nervio músculo cutáneo	10-12
Nervio subescapular	6-10
Nervio mediano:	
A nivel del brazo	30-35
A nivel del antebrazo-muñeca	10-15
Nervio cubital:	

Descripción de las secuelas	Puntuación
A nivel del brazo	25-30
A nivel del antebrazo-muñeca	10-15
Nervio radial:	
A nivel del brazo	25-30
A nivel del antebrazo-muñeca	20-25
Plexo braquial, raíces C5-C6	45-55
Plexo braquial, raíces C7-C8-D1	30-45
Paresias:	
Nervio circunflejo	2-8
Nervio músculo cutáneo	2-10
Nervio subescapular	2-5
Nervio mediano	10-15
Nervio cubital	10-12
Nervio radial	12-15
Parestesias:	
De partes acras	1-5
MIEMBROS INFERIORES	
Nota: se indican en paréntesis las acepciones de uso común en español.	
Parálisis:	
Nervio femoral (nervio crural)	25
Nervio obturador	4
Nervio glúteo superior	4
Nervio glúteo inferior	6
Nervio ciático (nervio ciático común)	40
Nervio peroneo común (nervio ciático poplíteo externo)	18
Nervio peroneo superficial (nervio músculo cutáneo)	3
Nervio peroneo profundo (nervio tibial anterior)	8
Nervio tibial (nervio ciático poplíteo interno)	22
Paresias:	
Nervio femoral (nervio crural)	6-12
Nervio obturador	2-3
Nervio glúteo superior	1-2
Nervio glúteo inferior	2-3
Nervio ciático (nervio ciático común)	12-18
Nervio peroneo común (nervio ciático poplíteo externo)	7-12
Nervio peroneo superficial (nervio músculo cutáneo)	1
Nervio peroneo profundo (nervio tibial anterior)	2-4
Nervio tibial (nervio ciático poplíteo interno)	5-8
Neuralgias:	

Descripción de las secuelas	Puntuación
Del nervio ciático	10-30
Del nervio femoral	5-15
Parestesias:	
De partes acras	1-3
Capítulo 8. TRASTORNOS ENDOCRINOS	
Se valorará en función de las necesidades terapéuticas y de las complicaciones posibles a largo plazo.	
Hipofunción pituitaria-hipotalámica anterior (déficit de TSH y ACTH)	10-20
Lesiones de neurohipófisis (diabetes insípida)	15-30
Capítulo Especial. PERJUICIO ESTÉTICO	
Ligero	1-6
Moderado	7-12
Medio	13-18
Importante	19-24
Bastante importante	25-30
Importantísimo	31-50

Reglas de utilización:

1. El perjuicio estético consiste en cualquier modificación peyorativa que afecta a la imagen de la persona; constituye una dimensión diversa del perjuicio fisiológico que le sirve de sustrato; refiere tanto a su expresión estática como dinámica.

2. El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético constituyen conceptos perjudiciales diversos. Cuando un menoscabo permanente de salud supone, a su vez, la existencia de un perjuicio estético, se ha de fijar separadamente la puntuación que corresponda a uno y a otro, sin que la asignada a la secuela fisiológica incorpore la ponderación de su repercusión antiestética.

3. El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y, adjudicada la puntuación total que corresponda a cada uno, se ha de efectuar la valoración que les corresponda de acuerdo con la tabla III por separado, sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes.

4. La puntuación adjudicada al perjuicio estético es la expresión de un porcentaje de menoscabo permanente del patrimonio estético de la persona. 50 puntos corresponden a un porcentaje del 100 por 100.

5. La puntuación del perjuicio estético se ha de realizar mediante la ponderación de su significación conjunta, sin que se pueda atribuir a cada uno de sus componentes una determinada puntuación parcial.

6. El perjuicio estético es el existente en el momento de la producción de la sanidad del lesionado (estabilización lesional), y es compatible su resarcimiento con el coste de las intervenciones de cirugía plástica para su corrección. La imposibilidad de corrección constituye un factor que intensifica la importancia del perjuicio.

7. El perjuicio estético importantísimo corresponde a un perjuicio de enorme gravedad, como el que producen las grandes quemaduras, las grandes pérdidas de sustancia y las grandes alteraciones de la morfología facial o corporal.

8. Ni la edad ni el sexo de la persona lesionada se tendrán en cuenta como parámetros de medición de la intensidad del perjuicio estético.

9. La puntuación adjudicada al perjuicio estético no incluye la ponderación de la incidencia que éste tenga sobre las actividades del lesionado (profesionales y extra-profesionales), cuyo específico perjuicio se ha de valorar a través del factor de corrección de la incapacidad permanente.

		Tabla A AGUDEZA VISUAL: VISIÓN DE LEJOS Ojo derecho													
Ojo izquierdo	Agudeza visual	10/10	9/10	8/10	7/10	6/10	5/10	4/10	3/10	2/10	1/10	1/20	Inferior a 1/20	Ceguera total	
	10/10	0	0	0	1	2	3	4	7	12	16	20	23	25	
	9/10	0	0	0	2	3	4	5	8	14	18	21	24	25	
	8/10	0	0	0	3	4	5	6	9	15	20	23	25	28	
	7/10	1	2	3	4	5	6	7	10	18	22	25	28	30	
	6/10	2	3	4	5	6	7	9	12	18	25	29	32	35	
	5/10	3	4	5	6	7	8	10	15	20	30	33	35	40	
	4/10	4	5	6	7	9	10	11	18	23	35	38	40	45	
	3/10	7	8	9	10	12	15	18	20	30	40	45	50	55	
	2/10	12	14	15	16	18	20	23	30	40	50	55	60	65	
	1/10	16	18	20	22	25	30	35	40	50	65	68	70	78	
	1/20	20	21	23	25	29	33	38	45	55	68	75	78	80	
	Inferior a 1/20	23	24	25	28	32	35	40	50	60	70	78	80	82	
	Ceguera total	25	26	28	30	35	40	45	55	65	78	80	82	85	

		Tabla B AGUDEZA VISUAL: VISIÓN DE CERCA Ojo derecho												
Ojo izquierdo	Agudeza visual	P1,5	P2	P3	P4	P5	P6	P8	P10	P14	P20	<P20	0	
	P1,5	0	0	2	3	6	8	10	13	16	20	23	25	
	P2	0	0	4	5	8	10	14	16	18	22	25	28	
	P3	2	4	8	9	12	16	20	22	25	28	32	35	
	P4	3	5	9	11	15	20	25	27	30	38	40	42	
	P5	6	8	12	15	20	26	30	33	36	42	46	50	
	P6	8	10	16	20	26	30	32	37	42	46	50	55	
	P8	10	14	20	25	30	32	40	46	52	58	62	65	
	P10	13	16	22	27	33	37	46	50	58	64	67	70	
	P14	16	18	25	30	36	42	52	58	65	70	72	76	
	P20	20	22	28	36	42	46	58	64	70	75	78	80	
<P20	23	25	32	40	46	50	62	67	72	78	80	82		
0	25	28	35	42	50	55	65	70	78	80	82	85		

Tabla C AGUDEZA AUDITIVA Oído derecho										
VOZ ALTA (distancia de percepción en metros)										
			5	4	2	1	Contacto	No percibida		
VOZ CUCHICHEADA (distancia de percepción en metros)										
			0,80	0,50	0,25	Contacto	No percibida			
PÉRDIDA AUDITIVA (en decibelios)										
		0 a 25	25 a 35	35 a 45	45 a 55	55 a 65	65 a 80	80 a 90		
		0 a 25	0	2	4	6	8	10	12	
Oído izquierdo	5	0,80	25 a 35	2	4	6	8	10	12	15
	4	0,50	35 a 45	4	6	10	12	15	20	25
	2	0,25	45 a 55	6	8	12	15	20	25	30
	1	Contacto	55 a 65	8	10	15	20	30	35	40
	Contacto	No percibida	65 a 80	10	12	20	25	35	45	55
	No percibida		80 a 90	12	15	25	30	40	55	70

¹ Con carácter general:

a) Cuando se trate de hijos, se incluirán también los adoptivos.

b) Cuando se fijen cuantías distintas según la edad del perjudicado o beneficiario, se aplicará la edad que tuviese éste en la fecha en que se produjo el accidente de la víctima.

² Cónyuge no separado legalmente al tiempo del accidente.

Las uniones conyugales de hecho consolidadas se asimilarán a las situaciones de derecho.

³ Se equiparan a la ausencia de cónyuge la separación legal y el divorcio. No obstante, si el cónyuge separado o divorciado tiene derecho a la pensión regulada en el artículo 97 del Código Civil, le corresponderá una indemnización igual al 50 por 100 de las fijadas para el cónyuge en el grupo I.

En los supuestos de concurrencia con uniones conyugales de hecho o, en su caso, de aquéllos o éstos con cónyuges no separados legalmente, la indemnización fijada para el cónyuge en el grupo I se distribuirá entre los concurrentes en proporción a la cuantía que les hubiera correspondido de no haber concurrencia.

⁴ La cuantía total de la indemnización que corresponda según el número de hijos se asignará entre ellos a partes iguales.

⁵ Si concurriesen uno que conviviera y otro que no conviviera con la víctima, se asignará a cada uno el 50 por 100 de la cuantía que figura en su respectivo concepto.

⁶ La cuantía total de la indemnización se distribuirá al 50 por 100 entre los abuelos paternos y maternos.

⁷ La cuantía total de la indemnización que corresponda según el número de hermanos se asignará entre ellos a partes iguales.

¹ Se incluirá en este apartado cualquier víctima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos.

² Sobre la indemnización que corresponda al beneficiario discapacitado.

³ Sobre la indemnización básica que corresponda a cada perjudicado.

² Habrá lugar a la percepción de esta indemnización, aunque la embarazada no haya sufrido lesiones.

¹ Se entiende por día de baja impeditivo aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular

[A propósito de la SAP Granada de 8 de noviembre de 1999 (Pte. Flores-Domínguez), «inicio» de una línea constante de nuestra jurisprudencia menor](*)

JUAN CARLOS HORTAL IBARRA

Profesor Asociado
Universidad de Barcelona(**)

I

1. *«Son hechos probados que el día 15 de marzo de 1998, Rafael Antonio C. R., de 29 años de edad, que prestaba servicios retribuidos por cuenta de «Colgra Dos SL» con la categoría profesional de peón,*

(*) Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP: Actualidad Penal; Arp: Aranzadi Repertorio Penal; CP: Código Penal; CPC: Cuadernos de Política Criminal; DF: Disposición Final; FJ: Fundamento Jurídico; GA: Goldammers Archiv für Strafrecht; Jur: Fondo Jurisprudencial Aranzadi; JuS: Juristische Schulung; JZ: Juristenzeitung; LECr: Ley de Enjuiciamiento Criminal; LH: Libro Homenaje; LL: Revista Jurídica la Ley; LO: Ley Orgánica; MFC: Manuales de Formación Continua (CGPJ); Pte: Ponente; RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología (UNED); RJ: Repertorio de Jurisprudencia; RL: Relaciones Laborales; RPCP: Revista Peruana de Ciencias Penales; RPJ: Revista del Poder Judicial; RDS: Revista de Derecho Social; SAP: Sentencia Audiencia Provincial; StGB: Strafgesetzbuch; STS: Sentencia Tribunal Supremo; TL: Temas Laborales; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

(**) Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación BJU 2001-3381 de la DGICYT: «Tendencias político-criminales en Europa».

como procediese a engrasar los engranajes de un cilindro de un horno de secado de la fábrica de aceite que la citada empresa explota en el término municipal de Atarfe, fue atrapado por la mano, causándole la muerte por aplastamiento y sección del cuerpo. La operación la realizaba el fallecido poniendo la grasa con la mano en los dientes del cilindro, que se hallaban en movimiento y sin elementos de protección, de forma que el propio movimiento repartía la grasa a los engranajes. El movimiento del cilindro se realiza mediante dos engranajes dentados con diámetros aproximados de 3 metros y 0,35 metros respectivamente. El motor que los acciona y el engranaje motriz se encuentran montados sobre un basamento rectangular de fábrica de ladrillo con una altura de 30 centímetros sobre el nivel del suelo de la nave. El punto de encuentro de los engranajes se sitúa a 65 centímetros sobre el basamento y a una distancia de 60 centímetros del lado perpendicular al cilindro. La tarea de engrase la tenía encomendada habitualmente por el encargado de mantenimiento de la fábrica, Miguel D. C., de 37 años de edad. Tal tarea, (al igual que la desarrollada de forma habitual por el resto de sus compañeros)(1), la desempeñaba con conocimiento de los gerentes de la empresa, Antonio Luis M. V., Víctor M. G., y Manuel H. F. Rafael Antonio se encontraba casado con Nieves M. D., con la que tenía dos hijos, Leila, de cuatro años y Lucas, de dos meses. La empresa tenía concertada con la entidad aseguradora Zurich Internacional, SA una póliza de seguro de responsabilidad civil con un límite de cincuenta millones de ptas por siniestro y otro límite por víctima de diez millones de ptas».

2. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de una falta de imprudencia leve con resultado de muerte previsto en el art. 621.2 CP, reputando autores de la misma al encargado y a los tres gerentes de la empresa, solicitando para todos ellos la imposición de una pena de multa de cuarenta días con una cuota diaria de 5.000 ptas. Por su parte, la acusación particular calificó los hechos relatados como constitutivos de un «delito de imprudencia grave con resultado de muerte» (art. 142) y de un delito contra la seguridad en el trabajo del art. 316 CP (tipo doloso) o, alternativamente, del art. 317 CP (tipo imprudente); considerando autores a los mismos sujetos y solicitando la imposición de una pena de un año de prisión por el delito de homicidio por imprudencia grave y con relación al delito contra la seguridad

(1) Si bien no aparece dicha mención en el relato de hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, sí que se hace referencia a la misma en el FJ 2.º donde se afirma expresamente que los tres gerentes de la empresa imputados tenían conocimiento de dicha práctica tanto por parte del trabajador «accidentado» como por el resto de sus compañeros.

dad en el trabajo, respectivamente, un año de prisión y multa de seis meses (art. 316 CP) y una pena de prisión de cuatro meses y otros cuatro de multa (art. 317 CP).

3. La Audiencia Provincial de Granada, a mi juicio incorrectamente, calificó los hechos probados únicamente como constitutivos de una falta de homicidio por imprudencia leve (art. 621.2 CP), no aplicando el delito contra la seguridad en el trabajo ni en su modalidad dolosa (art. 316) ni en su modalidad imprudente (art. 317), argumentando, respectivamente, que los sujetos imputados no querían poner en peligro concreto al trabajador fallecido, y que la imprudencia no podía ser calificada como grave, tal y como exige el art. 317 CP. Por su parte, tras analizar el recurso de casación presentado por la acusación particular y por la defensa de los tres gerentes condenados (2), el Tribunal Supremo casó, a mi juicio acertadamente, la sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Granada (3), calificando los hechos probados como constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia grave (art. 142 CP), estimando, con relación al delito contra la seguridad en el trabajo, que podría haberse aplicado un concurso ideal de delitos si se hubiera constatado fehacientemente que las operaciones de engrase eran realizadas habitualmente por otros operarios además del trabajador finalmente «accidentado» (4).

(2) STS 22-12-01 (RJ. 2002\4433, Pte. MÓNER MUÑOZ).

(3) El TS conoce en segunda instancia del presente supuesto gracias a la reforma operada al art. 14 LECr por medio de la DF 1.ª de la LO 10/1995, del Código Penal, en la que se atribuyó el enjuiciamiento de las causas por delitos menos graves, esto es, los que llevan aparejada una pena privativa de libertad entre 6 meses y 3 años a los Juzgados de lo Penal, lo cual, contribuyó a incrementar las causas de las que hasta ese momento conocían las Audiencias Provinciales en primera instancia (causas por delitos con penas de prisión superiores a 6 años), y consiguientemente, los casos que eran enjuiciados en segunda instancia por el TS a través de la interposición del correspondiente recurso de casación. Esta situación cambió diametralmente tras la reforma operada al art. 14 LECr por parte de la Ley 36/1998, de 10 de noviembre, en la que se estableció como línea de separación competencial entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales los delitos castigados con penas privativas de libertad de cinco años. Modificación que ha impedido al TS conocer las causas por el delito contra la seguridad en el trabajo, por cuanto al tener prevista una pena de 6 meses a 3 años, su enjuiciamiento se sustancia en primera instancia ante los Juzgados de lo Penal y en segunda instancia ante las Audiencias Provinciales a través de la resolución de los correspondientes recursos de apelación. Ello explica la inexistencia en la actualidad de resoluciones del TS en las que se aplica el delito contra la seguridad en el trabajo, hecho que contribuye, a su vez, a «fomentar» la presencia en nuestra jurisprudencia menor de interpretaciones divergentes en relación a los distintos elementos que integran los tipos previstos en los arts. 316-317 CP.

(4) «... Sólo en el caso de que se diera valor fáctico a las aseveraciones de que esa labor de engrase la realizaban también otros operarios de la fábrica, contenida

4. La resolución judicial que ha motivado la realización del presente trabajo se enmarca en una línea jurisprudencial especialmente significativa, en la que, a mi juicio erróneamente, se califican los hechos como constitutivos de un delito contra la seguridad en el trabajo a título imprudente (art. 317 CP), cuando concurren los requisitos necesarios para imputarlo a título doloso (art. 316 CP)(5). Dicha línea jurisprudencial viene avalada por un importante sector doctrinal, que considera que la eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales pasa necesariamente por la incriminación de la imprudencia, por cuanto en aquellos supuestos en que el «empresario» sabe que no ha facilitado los medios de protección necesarios a sus trabajadores, no lo hace con la intención de poner en peligro concreto la vida, integridad física y salud de estos últimos, sino con el fin de reducir los costes y, por consiguiente, no se le puede imputar el delito contra la seguridad en el trabajo a título doloso.

5. Aquella conclusión no es compartida en la presente investigación. A mi juicio, cuando el «empresario» tiene conocimiento de que no ha facilitado a sus trabajadores las medidas de protección necesarias para garantizar su seguridad en el desarrollo de su prestación laboral y sabe que, como consecuencia de dicho incumplimiento, está poniendo en peligro su vida, integridad física o salud, la conducta no le es imputable a título imprudente, sino, precisamente, a título doloso, en la medida en que no controla el riesgo laboral y éste tampoco puede ser controlado por los propios trabajadores, al carecer de los medios de protección adecuados para ello. De ahí que, contrariamente a la opinión mayoritaria, entiendo que la incriminación de la imprudencia en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo no resulta imprescindible para garantizar la eficacia de la intervención penal en este sector del ordenamiento jurídico-laboral.

en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia, se podrían considerar infringidas las normas de previsión de riesgos ya que la muerte de Rafael Antonio no agotó la posible producción de otros resultados lesivos derivados de la situación de peligro en la que se encontraban los otros trabajadores que engrasaban los cilindros debiendo entenderse entonces la existencia de un concurso ideal de delitos, pero no acreditado tal extremo debidamente, el motivo debe perecer...» (FJ 3º).

(5) En este sentido, entre otras, SSAP Granada 22-03-02 (Arp. 2002\345, Pte. Martínez López); Valencia 11-04-03 (Jur. 2003\218084, Pte. Ferrer Gutiérrez); Alicante 15-05-02 (Jur. 2002\188783, Pte. Jiménez Morago) y Álava 22-10-03 (Arp. 2003\437; Pte. Guerrero Romeo). Las dos primeras resoluciones, junto a la sentencia que ha motivado la realización del presente trabajo, serán analizadas en el epígrafe (VI).

6. Esbozado, siquiera sucintamente, el planteamiento doctrinal que está en la base de esta línea jurisprudencial y la tesis que sostengo al respecto, a continuación expondré y rebatiré, en primer lugar, los argumentos sobre los que la doctrina mayoritaria sustenta la necesidad de la incriminación de la imprudencia en el delito contra la seguridad en el trabajo, destacando el importante papel que juega el concepto de dolo en dicha aseveración (II). A renglón seguido, analizaré, siquiera brevemente, las teorías más significativas elaboradas por la doctrina con relación a la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente (III), exponiendo la posición que estimo más acertada al respecto (IV). Acto seguido, examinaré la incidencia que, a mi juicio, tiene el concepto de dolo en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general, y en la delimitación del dolo en el delito contra la seguridad en el trabajo en particular (V). A continuación, analizaré la sentencia que ha dado pie al presente trabajo y otras dos resoluciones judiciales dictadas por nuestra jurisprudencia «menor» en las que, nuevamente, de forma incorrecta, se imputa el delito contra la seguridad en el trabajo a título imprudente, cuando los hechos deberían haber sido imputados a título doloso (VI). Finalizaré el presente trabajo realizando algunas reflexiones a modo de conclusión (VII).

II

1. La incriminación de la imprudencia en el artículo 317 CP constituye, sin lugar a dudas, una de las modificaciones más aplaudidas por la doctrina jurídico-penal con relación a la protección penal de la seguridad en el trabajo. Tanto los autores que se ocuparon del derogado artículo 348 bis *a*) ACP, precedente legal del actual artículo 316 CP, como los autores que han analizado el vigente artículo 317 CP han coincidido al señalar que la eficacia de la intervención penal en este ámbito del ordenamiento jurídico-laboral pasa necesariamente por la incriminación de la comisión imprudente. Dos son los argumentos que han esgrimido para fundamentar dicha conclusión: *a*) en primer lugar, estiman que la «realidad» criminológica nos indica que la mayor parte de los «accidentes laborales» tienen su origen en conductas imprudentes (6); *b*) en segundo lugar, algunos autores consi-

(6) En este sentido, ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, p. 259, quien en su tesis doctoral ya defendió la necesidad de incriminar tanto la modalidad dolosa como la imprudente, argumentando que de lo contrario se restaría eficacia a la intervención penal en este ámbito del ordenamiento jurídico-laboral. Posición esta que ha sido asumida por la mayoría de los autores que

deran que la mayor dificultad para probar la concurrencia del dolo en el marco de los delitos de peligro concreto aconseja inculpar la modalidad imprudente (7).

2. El primero de los argumentos esbozados no lo comparto, por cuanto considero que no se puede justificar la necesidad de inculpar la imprudencia en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo sobre la base de una «realidad» criminológica no corroborada por medio de estudio empírico alguno. Ciertamente, ninguno de los autores que ha defendido su inculpar sobre la base de este argumento ha aportado las investigaciones criminológicas en las que se ha constatado la «realidad» en virtud de la cual la mayor parte de los «accidentes laborales» son imputables a título imprudente. Es más, esta supuesta «realidad» topa frontalmente con la realidad propia de nuestros Tribunales, donde se puede constatar cómo, paulatinamente, las sentencias condenatorias con relación al delito contra la seguridad en

hasta la fecha se han ocupado de la protección penal de la seguridad en el trabajo, entre otros, AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, 2001, pp. 401 ss.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2001, p. 663; GARCÍA ARÁN, «La protección penal de la seguridad en el trabajo en el Código Penal vigente y en el Proyecto de Código Penal de 1992», en *Derecho penal del trabajo y Derecho administrativo sancionador*, (Terradillos Basoco coord.), Cádiz, 1992, p. 30; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, pp. 202 y 410; PÉREZ MANZANO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», *RL 1997-1*, p. 302; TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios al nuevo Código Penal* (Quintero Olivares dir.) (3.ª ed.), Pamplona, 2004, p. 1628; TERRADILLOS BASOCO, «La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo», *TL (50) 1999*, p. 182; EL MISMO, *Delitos contra la vida y salud de los trabajadores*, Valencia, 2002, p. 96; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, Barcelona, 2001, p. 101. En la misma línea, se pronuncia la jurisprudencia, entre otras, la SAP Castellón 3-09-02 (Arp. 2002/642, Pte. Ibáñez Solaz) en la que se apunta lo siguiente: «... Y no puede desconocerse desde el punto de vista de la política criminal un dato cierto, cual es el incremento de la siniestralidad laboral, imputable la mayor parte de las veces a conductas omisivas e imprudentes, no dolosas, lo que ciertamente permite suponer que de no haberse recurrido a la protección penal de las conductas que nos ocupan probablemente la protección de la seguridad sería inexistente...» (FJ 3.º).

(7) En este sentido, se pronuncia AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, p. 402, quien mantiene que la mayor dificultad probatoria del dolo en relación a la imprudencia radica en el hecho de que «... conlleva –el dolo– un elemento subjetivo que pertenece a la intención del sujeto difícil de exteriorizar...»; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 410, quien añade cómo esta dificultad probatoria se acentúa en aquellos ilícitos penales que, como el delito contra la seguridad de los trabajadores, se cometen en el marco de la empresa, donde las sucesivas delegaciones impiden el conocimiento del riesgo por parte de los sujetos que ocupan los puestos jerárquicamente superiores.

el trabajo se imputan no sólo a título imprudente (art. 317 CP), sino, incluso, a título doloso (art. 316 CP).

3. Sin embargo, ¿por qué razón la doctrina, de forma casi unánime, continúa afirmando que la mayor parte de los comportamientos en el ámbito de la prevención de riesgos laborales son imprudentes? Pues bien, ello se debe al hecho de que, a mi juicio, la doctrina mayoritaria «confunde», no sé si consciente o inconscientemente, el plano propio del delito contra la seguridad en el trabajo y los delitos de homicidio y/o lesiones imprudentes (arts. 142 y 152 CP). En efecto, cuando la doctrina defiende, mayoritariamente, que es necesario incriminar la imprudencia en el delito contra la seguridad en el trabajo, argumentando que la mayor parte de los «accidentes laborales» son imputables a título imprudente, en el fondo, están pensando en las muertes y lesiones imputables a la infracción imprudente del deber general de seguridad impuesto al «empresario» (8), y no en la lesión de la seguridad y confianza de los trabajadores imputable al incumplimiento doloso de la obligación de facilitar los medios de seguridad necesarios (9).

4. Tampoco estoy de acuerdo con el segundo de los argumentos que defiende por un sector de la doctrina. Y ello por varias razones:

4.1. En primer lugar, porque de mantener, tal y como sostiene Aguado López, que la incriminación de la imprudencia se justifica en atención a la mayor dificultad de prueba que comporta el elemento volitivo «propio» del tipo doloso, debería defenderse, consecuentemente, la sustitución del actual sistema cerrado de incriminación de la imprudencia por el derogado sistema abierto, por cuanto en casi todos los delitos resulta especialmente complejo probar la «intención» del sujeto en el momento de cometer el hecho típico.

4.2. En segundo lugar, porque, en mi opinión, los autores que mantienen la necesidad de incriminar la imprudencia en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo, argumentando cuán difícil

(8) En este sentido, AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, p. 402, quien señala «... la mayoría de accidentes laborales son imprudentes, pues así lo demuestra la realidad jurisprudencial, donde prácticamente todas las sentencias aplican los delitos de homicidio o lesiones imprudentes por infracción de normas de seguridad e higiene y sólo alguna, excepcionalmente, apunta al dolo eventual...».

(9) Mientras que la totalidad de las muertes y lesiones que tienen lugar en el ámbito del trabajo son constitutivas de un delito de homicidio y/o lesiones imprudentes (arts. 142 y 152 CP, respectivamente) o una falta de homicidio y/o lesiones imprudentes (arts. 621.2 y 621.1 y 3 CP, respectivamente), la mayoría de las puestas en peligro de la vida, integridad física y salud de los trabajadores son constitutivas de un delito contra la seguridad en el trabajo doloso y no imprudente, tal y como sostiene, a mi juicio erróneamente, la doctrina mayoritaria.

resulta probar la «intención» del autor, «confunden» o «mezclan» la problemática propia de la prueba de este elemento del dolo con la intención o móvil que mueve al autor a lesionar el bien jurídico-penalmente protegido en este delito. Ciertamente, dichos autores sostienen que las conductas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales son imputables a título imprudente, porque cuando el «empresario» no facilita a sus trabajadores los medios de protección necesarios no lo hace con la «intención» de poner en peligro grave su vida, integridad física y salud, sino con el fin de reducir los costes de la empresa o, en otras palabras, con el objeto de aumentar sus beneficios económicos (10). Este planteamiento resulta incorrecto, por cuanto, como ha señalado Corcoy Bidasolo, el móvil o intención que mueva al sujeto a realizar el comportamiento típico carece de relevancia jurídico-penal, excepto en aquellos supuestos en que el tipo contiene un elemento subjetivo del injusto adicional al dolo (11), lo cual no es el caso del delito contra la seguridad en el trabajo.

4.3. En tercer lugar, y fundamentalmente, porque dicho argumento trae causa de una determinada concepción del dolo que en la actualidad está siendo objeto de una profunda revisión por parte de un relevante sector de la doctrina jurídico-penal. En efecto, el argumento en virtud del cual resulta necesaria la incriminación de la imprudencia en el delito contra la seguridad en el trabajo, sobre la base de la mayor dificultad que entraña la prueba del elemento volitivo «consustancial» al tipo doloso, únicamente resulta operativo para los autores que parten de una concepción «clásica» de dolo, esto es, para aquellos autores que entien-

(10) En este sentido, se pronunció LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 105, quien en relación al derogado artículo 348 bis a) ACP mantuvo lo siguiente «... *Ambas actitudes, dolosa e imprudente, en relación con los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, pueden darse, sin duda, en los responsables de la organización del trabajo que infringen la normativa de seguridad e higiene con peligro para sus subordinados. Estimo, sin embargo, que la segunda es ampliamente predominante. Las razones, dejando al margen otras motivaciones de tipo ético de indudable relevancia, pertenecen al propio discurso de la empresa en una sociedad de libre mercado. Las consecuencias económicas del accidente son normalmente mayores y más difícilmente calculables que las que implica la adopción de las medidas de evitación...*». Planteamiento este igualmente compartido por AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, pp. 393 y 402, quien en relación a los vigentes artículos 316 y 317 CP sostiene «... *La conducta del empresario responde al modelo imprudente: el empresario no persigue directamente la puesta en peligro del trabajador; sino que sus fines son distintos: reducir los costes de la empresa, aumentar el rendimiento laboral...*».

(11) En este sentido, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, pp. 292 ss., quien lo ilustra a través del ejemplo del delito de cohecho dónde resulta del todo irrelevante que el que solicita la dádiva lo haga con el fin de obtener un beneficio económico o con el objeto de desprestigiar a la Administración.

den que concurre una conducta dolosa cuando quien actúa tiene conocimiento de que está realizando los elementos de un tipo penal (elemento cognitivo) y quiere hacerlo (elemento volitivo) (12). Sin embargo, dicho argumento carece de virtualidad para los autores que, a mi juicio acertadamente, prescinden de la voluntad como elemento definidor del dolo, concibiéndolo, únicamente, como conocimiento del riesgo típico y para los que la voluntad estriba en actuar conociendo el riesgo (13).

(12) Tanto en la dogmática española como alemana la doctrina se muestra mayoritariamente favorable al mantenimiento del elemento volitivo en el concepto de dolo. En este sentido, entre otros, en la doctrina española, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, pp. 300 ss.; LUZÓN PEÑA, «Dolo y dolo eventual: reflexiones», en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, MFC (4), Madrid, 1999, pp. 120 ss.; MIR PUIG, «Conocimiento y voluntad en el dolo», en *Elementos subjetivos de los tipos penales* (Jiménez Villarejo dir.), CDJ, Madrid, 1995, p. 27; MONGE FERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Valencia, 1998, pp. 257 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 59 ss.; LA MISMA, «Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del “caso de la colza” (1.ª parte)», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, (Mir Puig/Luzón Peña coords.), Barcelona, 1996, pp. 278 ss.; TORÍO LÓPEZ, «Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, (Jiménez Villarejo dir.), CDJ, Madrid, 1995, p. 174; en la doctrina alemana, entre otros, KÜPER, «Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch», *GA* 1987, p. 508; ROXIN, *Derecho penal. Parte General*, (tomo I), traducción y notas a cargo de Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal, Madrid, 1997, pp. 424 ss.; SCHROTH, «Die Differenz von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit», *Jus*, 1992, p. 4.

(13) En la actualidad cada vez son más los autores que prescinden del elemento volitivo en la definición del dolo, construyendo la delimitación dolo y/o imprudencia sobre la base del conocimiento o desconocimiento que posee el sujeto sobre el riesgo típico. En este sentido, en la doctrina española, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte general*, (5.ª ed.) Madrid, 1998, pp. 227 ss.; CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre el dolo y la imprudencia (comentario a la STS de 28 de octubre de 1983)», *ADPCP*, 1985, pp. 970 ss.; LA MISMA, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, pp. 282 ss.; la misma, «Relevancia del consentimiento, el conocimiento y la competencia para la imputación objetiva y subjetiva», *ADPCP*, 1996, pp. 301 ss.; la misma, *Delitos de peligro...*, p. 115; FEIJOO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo», *CPC*, (65) 1998, pp. 277 ss. y 298 ss.; LAURENCO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999, pp. 239 ss.; la misma, «Los componentes del dolo: respuestas desde una teoría del conocimiento», *RPCP*, (11-12) 2002, pp. 332 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El moderno Derecho Penal para una sociedad de riesgos», *RPJ*, (48) 1997, p. 299; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Valencia, 1998, p. 170; PÉREZ DEL VALLE, «Sociedad de riesgos y reforma penal», *RPJ*, (43-44) 1996, pp. 68 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuricidad», *ADPCP*, 1987, p. 651, nota 17; el mismo, «Recensión al trabajo de Schünemann, Die deutschsprachige Strafwissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars

5. Ciertamente, si analizamos detenidamente las opiniones de aquellos autores que, en el ámbito del delito contra la seguridad en el trabajo, han defendido la necesidad de la incriminación de la modalidad imprudente, puede comprobarse cómo todos ellos conciben el dolo como «conocimiento y voluntad de los elementos objetivos del tipo» (14). Ahora bien, si en contra de la doctrina mayoritaria, asumiéramos una concepción puramente cognoscitiva del dolo, llegaríamos a la conclusión de que resulta innecesaria la incriminación de la imprudencia en el delito contra la seguridad en el trabajo (art. 317 CP), por cuanto los supuestos que la doctrina, de forma unánime, califica como imprudentes, en realidad, son imputables a título doloso.

6. El importante papel que juega la definición del dolo en la incriminación de la imprudencia en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo justifica, precisamente, el análisis, siquiera breve, de las diferentes posiciones que, en la actualidad, mantiene la doctrina jurídico-penal con relación a la delimitación del dolo eventual y la imprudencia, por cuanto dicha delimitación ha marcado la discusión en torno al concepto general de dolo (15).

und des Wiener Kommentars, I. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985», *ADPCP*, 1987, pp. 545 ss.; el mismo, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 401 ss.; en la doctrina alemana, entre otros, HERZBERG, «SIDA: desafío y piedra de toque del Derecho penal» (Castiñeira Palou trad.), en *Problemas jurídico-penales del SIDA*, (Mir Puig ed.), Barcelona, 1993, pp. 172 ss.; KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, (96) 1984, p. 22; JAKOBS, *Derecho penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, (Cuello Contreras/Serrano González trads.), Madrid, 1995, pp. 315 ss.

(14) La doctrina mayoritaria considera que concurre el tipo doloso contenido en el artículo 316 CP en aquellos supuestos en que el sujeto activo tiene conocimiento de que está infringiendo las normas de prevención de riesgos laborales y que ello comporta un grave riesgo para la vida y la salud de los trabajadores y quiere o, cuanto menos, acepta la concurrencia de ambos elementos típicos (dolo eventual). En este sentido, se pronuncian, entre otros, ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, p. 257; AGUADO LÓPEZ, *El delito contra...*, pp. 387 ss.; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios al Código Penal de 1995* (Vives Antón coord.), (vol. II), Valencia, 1996, p. 1567; PÉREZ MANZANO, *RL*, 1997-I, p. 301; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p. 98.

(15) En este sentido, en la doctrina española, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 269, quien ya en su tesis doctoral calificó al dolo eventual como la «clase básica de dolo» en la medida en que contiene todos los elementos esenciales del mismo; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 17 y 234 ss.; la misma, *RPCP*, (11-12) 2002, p. 331; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 402, quien considera igualmente que el dolo eventual «... puede llegar a contemplarse como arquetipo de dolo...»; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999, pp. 51 ss.; en la doctrina alemana, entre otros, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983, pp. 496 ss.; KINDHÄUSER, *ZStW*, (96) 1984, p. 30.

III

1. La delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente comporta importantes consecuencias prácticas. En efecto, mientras la imputación del hecho típico a título imprudente (consciente) determina siempre la imposición de una pena inferior a la prevista para el tipo doloso e, incluso, la impunidad, en aquellos ordenamientos jurídicos que, como el nuestro, han acogido un sistema cerrado para la incriminación de la imprudencia, la atribución del hecho típico a título de dolo eventual determina la imposición de la pena propia del tipo doloso y, consiguientemente, su equiparación, a efectos punitivos, con el dolo directo de primer y de segundo grado.

2. Esta discrepancia o desigualdad a efectos punitivos entre los supuestos de dolo (eventual) e imprudencia (consciente), junto a la inexistencia en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno de una definición legal de dolo (16), está en la base de: a) los planteamientos de los autores que, *de lege ferenda*, reclaman la necesidad de imponer una pena inferior en los supuestos en que el hecho es imputable a título de dolo eventual (17); b) las propuestas de los autores que cuestionan la operatividad de la «tradicional» tripartición del dolo (directo de primer grado, consecuencias necesarias y eventual) (18); y c) está en el origen del enorme interés que ha des-

(16) Definición legal de dolo que sí que existe en el ordenamiento jurídico-penal italiano y austríaco.

(17) En este sentido se sitúan todos aquellos autores que han defendido la posibilidad de tomar en consideración la intención del sujeto o la certeza del sujeto en la realización del hecho típico como elemento agravatorio en la individualización de la pena efectuada por el Juez, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *ADPCP*, 1985, p. 972; FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, p. 313; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General (I)*, Madrid, 1996, pp. 427 ss.; el mismo, «Dolo...», p. 141; MIR PUIG, «Conocimiento...», p. 28. En contra se ha pronunciado RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 180 ss., nota 472, quien apunta cómo dicho planteamiento puede adquirir una mayor relevancia en el marco del ordenamiento jurídico-penal alemán, en la medida en que el § 46.II StGB impone al Juez la obligación de tomar en consideración, a la hora de determinar la pena, «los objetivos y móviles del autor, así como la actitud y voluntad que se manifiesten en el hecho...». Opinión, sin embargo, que contrasta con la mantenida en otro trabajo posterior, «Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio», *ADPCP*, 1997, p. 812, nota 54, en el que afirma, con carácter general, que el lugar más idóneo en el que deben tomarse en consideración las motivaciones del autor «... es el momento de determinación judicial de la pena...».

(18) En este sentido, en la doctrina española, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios...*, p. 231; LAURENZO COPELLO, «Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo», LH-TORÍO LÓPEZ, Granada, 2000, pp. 423 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 51 y 177 ss., quien, a mi juicio, muy atinadamente se ha pronunciado expresamente a favor de la desaparición de la clasificación tripartita

pertado y sigue despertando en la doctrina científica y jurisprudencial la cuestión relativa a la delimitación entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente). Interés este que ha dado lugar a la aparición, en los últimos cien años, de una multiplicidad de teorías. Teorías que si bien tenían como principal objetivo fijar las fronteras que separaban ambas figuras, han acabado, *de facto*, configurando el concepto global de dolo.

3. Estas teorías pueden sistematizarse, a grandes rasgos, en cuatro grandes grupos: *a)* «teorías volitivas», *b)* «teorías de la representación», *c)* «teorías eclécticas», y *d)* «teorías cognitivo-normativas». Teorías que en modo alguno serán analizadas exhaustivamente en el presente trabajo por superar con mucho los objetivos del mismo, sino que, por el contrario, únicamente prestaré atención a aquellas teorías que, a mi juicio, han adquirido una especial significación en cada uno de los grupos enumerados: *a)* «teoría del consentimiento o de la aprobación»; *b)* «teoría de la probabilidad»; *c)* «tomar en serio», «conformarse» y «aceptar»; y *d)* «conocimiento del riesgo típico».

4. La teoría de la voluntad o, más correctamente, las «teorías de la voluntad» (19) («*Willenstheorien*») constituyen la posición tradicional tanto en nuestra doctrina como en nuestra jurisprudencia. Los partidarios de la «teoría de la voluntad» exigen para imputar el hecho a título doloso que el sujeto conozca (elemento cognitivo) y quiera (elemento volitivo) la realización de los elementos del tipo. Las «teorías de la voluntad» se caracterizan por situar al elemento volitivo como elemento distintivo entre el comportamiento doloso (eventual) e imprudente (culpa consciente). En efecto, si bien en ambos supuestos el sujeto se «representa» la posibilidad de la realización del hecho típico (20), el sujeto que actúa imprudentemente, a diferencia de quien actúa dolosamente, «no quiere» el resultado. Ello explica el que sea

del dolo, y ello no sólo porque a efectos prácticos la concurrencia de uno u otro no tiene consecuencia jurídica alguna, sino porque ello resulta coherente con la asunción de una concepción puramente cognoscitiva del dolo en el que la «intención» o la «voluntad» no aportan absolutamente nada. En contra de este último se ha pronunciado CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General*, (3.ª ed.), Madrid, 2002, p. 676, quien en modo alguno considera que pueda prescindirse de la clásica tripartición del dolo «... pues ellas... ayudan a representarnos el juego de los elementos constitutivos del dolo en diversas tipologías de casos...»; en la doctrina alemana, entre otros, FRISCH, *Vorsatz...*, p. 496; PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992, pp. 63 ss.

(19) Por cuanto, como ha puesto de relieve en nuestra doctrina, entre otros, FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, p. 271, no existe una única teoría de la voluntad o una sola teoría de la representación, sino una multiplicidad de variantes.

(20) Los partidarios de la «teoría de la voluntad» niegan la necesidad de que concurra el elemento cognitivo para poder imputar el hecho típico a título doloso, por

precisamente en el seno de las teorías volitivas donde adquiere todo su sentido la clásica tripartición del dolo, porque las diferencias entre el dolo de primer grado, de segundo grado y el dolo eventual se establecen en atención a la mayor o menor intensidad del elemento volitivo (21).

5. Ciertamente, en atención a la mayor o menor intensidad del elemento volitivo, la doctrina mayoritaria distingue tres clases de dolo: el dolo de primer grado, el dolo de segundo grado y el dolo eventual. En el dolo directo de primer grado el sujeto busca intencionadamente la producción del resultado típico, esto es, emprende la acción con la finalidad de realizar el hecho típico en cuestión (matar, dañar, lesionar...), de ahí que se le denomine igualmente como dolo de intención (22). En esta clase de dolo se produce un claro predominio del elemento volitivo sobre el cognoscitivo, hasta el punto de que la doctrina mayoritaria sostiene que cuando el sujeto actúa intencionadamente carece de importancia el grado de peligro que haya advertido el sujeto en el momento de emprender la acción. Es más, en opinión de la doctrina mayoritaria, el dolo directo constituye el paradigma o el supuesto más genuino del comportamiento doloso (23), lo cual explica por qué hasta la fecha nadie se ha cuestionado el que merezca ser sancionado con la pena propia del tipo doloso.

6. Por el contrario, en el dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, el conocimiento del autor se erige en el elemento determinante, de tal forma que se imputan a título doloso todos los supuestos en que, si bien el sujeto no «quiere» el resultado típico, es consciente de que su conducta comportará necesaria y/o inevitablemente la realización del tipo en cuestión (24). En estos supuestos, pese

cuanto el conocimiento constituye el presupuesto sobre el que se determina la concurrencia de la voluntad característica del tipo doloso.

(21) En este sentido, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, *Lineamientos de la teoría del delito*, Madrid (3.ª ed.), 1992, p. 85; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, (5.ª ed.), Valencia, 1999, p. 624; LUZÓN PEÑA, «Dolo...», p. 123; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 184 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual», *ADPCP*, 1986, p. 396.

(22) En este sentido, entre otros, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, (7.ª ed.), Barcelona, 2004, p. 265; el mismo, «Conocimiento...», p. 19; CORCOY BIDASOLO, *ADPCP*, 1985, p. 965; la misma, *El delito imprudente...*, p. 269; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 186 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 44 y 178 ss.

(23) En este sentido, *vid.*, por todos, MIR PUIG, «Conocimiento...», p. 19. De otra opinión, LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 236, quien niega expresamente que el dolo directo constituya el supuesto «prototípico» y las otras dos formas (dolo de segundo grado y dolo eventual) «*meras extensiones de aquél...*».

(24) En este sentido, en la doctrina española, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *ADPCP*, 1985, p. 965; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 188; LUZÓN PEÑA, *Curso...*

a que el sujeto en puridad no quiere el resultado típico, la doctrina mayoritaria entiende que merecen el mismo tratamiento que los casos en que actúa intencionadamente, por cuanto, en su opinión, quien actúa con la certeza o la seguridad de que con su comportamiento va a producir necesariamente un determinado resultado típico, en cierta manera, también lo «quiere» (25). En efecto, a fin de respetar la definición tradicional de dolo como «conocer y querer los elementos objetivos del tipo», la doctrina mayoritaria establece la presunción de que en todos aquellos supuestos en que el sujeto actúa con el pleno conocimiento de que su conducta conllevará el resultado típico «quiere», o cuanto menos «acepta», la concurrencia del mismo, cuando en realidad, en modo alguno, puede afirmarse que los «quiera» o «acepte» (26).

7. Sin embargo, es en la categoría del dolo eventual en la que se proyectan la carencias propias de la clásica definición de dolo como «conocimiento y voluntad de realización del tipo», por cuanto en los supuestos de dolo eventual, a diferencia de lo que sucede, respectivamente, en el dolo directo de primer y de segundo grado, el sujeto ni «quiere» la realización del hecho típico ni tiene la certeza o la seguridad de que su conducta determinará necesariamente la concurrencia del mismo (27). Ciertamente, con la categoría del dolo eventual la

p. 415; el mismo, «Dolo...», p. 126; MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 265; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 46; ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 396; en la doctrina alemana, entre otros, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Olmedo Cardenete trad.), Granada, 2002, p. 320; ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 423 ss.; WELZEL, *Derecho penal alemán* (11.^a ed.) (Bustos Ramírez/Yáñez Pérez trads.), Santiago de Chile, 1993, p. 81.

(25) En este sentido, entre otros, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, p. 625; MIR PUIG, «Conocimiento...», p. 20; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal: Parte general* (2.^a ed.), Madrid, 1986, p. 128; ROXIN, *Derecho penal...*, p. 416.

(26) En este sentido, CORCOY BIDASOLO, quien en la que constituyó su tesis doctoral, *El delito imprudente...*, p. 271, ya puso de relieve la incoherencia que suponía el que la doctrina mayoritaria exigiera la presencia del elemento volitivo en el dolo directo de primer grado y en el dolo eventual y, simultáneamente, estimaran suficiente en relación al dolo de segundo grado que el sujeto advirtiera la inevitabilidad del resultado típico. En parecidos términos se expresa RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 47, quien considera, siguiendo en este punto a PUPPE, que tras la equiparación de las categorías del dolo de primer y segundo grado «... se oculta una cierta manipulación de conceptos». Ponen en tela de juicio, igualmente, el papel de la voluntad en el dolo directo de segundo grado, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid (3.^a ed.), 1990, pp. 256 ss.; MORSELLI, «El elemento subjetivo del delito en la perspectiva criminológica», *ADPCP*, 1991, pp. 887 ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires 1991, p. 158.

(27) En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 21 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 189; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 47 ss.

doctrina jurídico-penal trata de resolver, de forma satisfactoria, todos aquellos supuestos en que, si bien el sujeto no actúa con la voluntad de realizar el tipo penal, la gravedad de la conducta llevada a cabo merece la sanción propia de la infracción dolosa, resultando a todas luces insuficiente la pena asignada a la infracción imprudente (28).

8. Y es, precisamente, en este punto en el que empiezan las divergencias en el seno de la doctrina científica, puesto que mientras unos autores se decantaron por mantener la tradicional definición de dolo como «conocimiento y voluntad del hecho típico», exigiendo una forma de «voluntad» que permitiera diferenciar el dolo (eventual) de la imprudencia (culpa consciente) y justificara, consiguientemente, la imposición de una pena más grave («teorías volitivas»)(29). Un segundo grupo de autores, por el contrario, defendió la posibilidad de solucionar estos supuestos límite, prescindiendo del elemento volitivo, imputando el hecho a título doloso (eventual) en aquellos casos en que se hubiera representado como posible o probable el acaecimiento del resultado típico («teorías de la representación»), lo cual, *de facto*, comportaba la superación de la definición general de dolo como «conocer y querer el resultado típico»(30).

9. De entre todas las formulaciones elaboradas por la doctrina jurídico-penal para considerar que el sujeto «ha querido» en los supuestos límite dolo eventual-culpa consciente, adquirieron un papel preponderante las expresiones «aprobar» y «consentir», de ahí que, tradicionalmente, «las teorías de la voluntad» se hayan agrupado, respectivamente, en torno a la denominada «teoría de la aprobación» («*billigungstheorie*») y, especialmente, en torno a la «teoría del con-

(28) En este punto, la doctrina jurídico-penal coincide al señalar cómo la sanción propia del tipo imprudente resulta del todo insuficiente para castigar determinadas conductas que, pese a no ser intencionales, resultan especialmente graves. En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, p. 22; GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca...», p. 247; LUZÓN PEÑA, «Dolo...», p. 128; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 48 ss; TAMARIT SUMALLA, «La tentativa con dolo eventual», *ADPCP*, 1992, pp. 540 ss; ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 397.

(29) Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 49 y 61, notas 73 y 111, quien señala, siguiendo en este punto a FRISCH, que las teorías de la voluntad necesitan ampliar y flexibilizar el elemento volitivo porque parten de la idea de que todos los supuestos y, por consiguiente, también los casos límite, el dolo equivale a «conocer y querer la realización del tipo», esto es, proceden deductivamente.

(30) En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 22 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 49, quien apunta, muy acertadamente, como la eliminación del elemento volitivo en los supuestos de dolo eventual no casaba con la definición general de dolo, de ahí que un tercer grupo de autores se cuestionara la propia fórmula «... negando que para el dolo haga falta, siempre y en todo caso, querer la realización del tipo...».

sentimiento» («*Einwilligungstheorie*»)(31). Los partidarios de la «teoría del consentimiento» consideran que el sujeto «quiere» el resultado típico y, consiguientemente concurre dolo (eventual) y no imprudencia (consciente), en aquellos supuestos en que, pese a haberse representado como posible su acaecimiento, internamente lo «consiente», «aprueba» o «acepta»(32).

10. Sin embargo, ¿cuándo puede afirmarse, en su opinión, que el sujeto «consiente» o «aprueba» internamente el resultado típico y, por tanto, actúa dolosamente (dolo eventual)? Para resolver este complejo problema los defensores de esta posición adoptaron las dos fórmulas elaboradas por Reinhard Frank: a) la denominada primera fórmula o fórmula hipotética de Frank en base a la cual se considera que concurre el consentimiento preciso para atribuir el hecho a título de dolo eventual cuando, pese a haberse representado el sujeto la realización del tipo como segura, hubiera actuado igualmente; b) la llamada segunda fórmula o fórmula positiva de Frank en virtud de la que se estima que concurre el consentimiento necesario para imputar el hecho a título doloso (eventual), cuando habiéndose representado como posible la realización del tipo, el sujeto se dice así mismo «*con independencia de lo que pueda pasar, en cualquier caso, yo actúo*»(33).

11. La teoría del consentimiento ha sido objeto de numerosas y merecidas críticas por parte de la doctrina científica. En primer lugar, la doctrina se ha mostrado especialmente crítica con respecto a la primera de las fórmulas de Frank, a la que se le ha reprochado el hecho de que determine la existencia de dolo partiendo de una mera relación ficticia e irreal: ¿qué habría hecho el autor de haber sabido con seguridad que el resultado se va a producir?(34). En segundo lugar, se ha

(31) Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 61 ss.

(32) Es necesario poner de relieve, sin embargo, que actualmente la «teoría del consentimiento», en su formulación clásica (actitud interna frente al resultado), no es defendida prácticamente por ningún autor en nuestra doctrina (únicamente la sigue manteniendo SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Barcelona [3.ª ed.], 1990, pp. 677 ss.), y ha sido abandonada por nuestro TS, quien en la actualidad se ha decantado por la asunción de las teorías mixta y cognitiva. En este sentido se pronuncian, respectivamente, FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, p. 294, nota 64, quien mantiene que las «... “*las teorías hipotéticas del consentimiento*”... *carecen ya de relevancia en el panorama doctrinal actual...*»; y LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 153 ss., quien señala cómo la teoría del consentimiento tradicionalmente acogida por nuestro TS se encuentra «... *hoy en franco retroceso*».

(33) Sobre estas fórmulas, *vid.*, por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal...*, pp. 266 ss.

(34) En este sentido, entre otros, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, p. 629; DÍAZ PITA, *El dolo...*, p. 174; FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, p. 295; GIMBERNAT ORDEIG, «*Acerca...*», p. 252; JAKOBS, *Derecho penal...*, pp. 330 ss.;

criticado a los partidarios de la teoría del consentimiento el hecho de que a la hora de definir el elemento volitivo propio del dolo eventual hayan utilizado meros «sucedáneos de la voluntad» en lugar de auténticos conceptos volitivos tal y como, en el plano teórico, exigen en todas las formas dolosas (35). En tercer lugar, se le reprocha a la teoría del consentimiento el hecho de que no resuelva de forma satisfactoria los casos en que el resultado acaecido no se corresponde con la finalidad que movió al sujeto al emprender la acción (36). Y en cuarto lugar, algunos autores han criticado el hecho de que la teoría del consentimiento impide la imputación del resultado típico a título doloso (eventual) en aquellos supuestos en que, pese a que el sujeto es consciente del elevado riesgo que para con el bien jurídico-penal comporta la realización de su conducta, no «quiere» que el mismo finalmente se produzca o bien, simple y llanamente, no se ha podido probar su consentimiento o aprobación con respecto al mismo, lo cual, por otra parte, será lo habitual (37).

12. Precisamente, esta necesidad de castigar con una mayor pena los supuestos en que, a pesar de no haber «deseado» la concurrencia del resultado típico, el sujeto posee un elevado conocimiento del riesgo que conlleva su conducta, está en el origen de las posiciones de los autores que fundamentan la imputación del hecho a título doloso (eventual), en base al conocimiento que tiene el sujeto acerca de la peligrosidad de su comportamiento para con el bien jurídico-penalmente protegido: las denominadas «teorías de la representación» (38). Los defensores de las «teorías de la representación» («*Vorstellungstheorien*»), a diferencia de los partidarios de las «teorías de la voluntad», se muestran contrarios a admitir la necesidad de

HAVA GARCÍA, *La imprudencia inconsciente*, Granada, 2002, pp. 68 ss.; LUZÓN PEÑA, «Dolo...», p. 131; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal...*, p. 131; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 64; SANCINETTI, *Teoría...*, p. 164.

(35) En este sentido, entre otros, KINDHÄUSER, *ZStW*, (96) 1984, p. 23; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 65; el mismo, «La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo (comentario a la STS 24-11-95, Pte. Delgado García)», *ADPCP*, 1996, p. 799, nota 4.

(36) En este sentido, entre otros, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal...*, p. 630; DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 174 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, pp. 297 ss.; HAVA GARCÍA, *La imprudencia...*, pp. 67 ss.; LUZÓN PEÑA, «Dolo...», pp. 131 ss.; MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 267; ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 398, quienes traen a colación los clásicos casos de «los mendigos rusos» y de «la caseta de tiro» propuestos, respectivamente, por Löffler y Lacmann.

(37) Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo...*, p. 171; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 75 ss.

(38) Vuelvo a utilizar el plural, en la medida en que, como muy bien ha puesto de relieve en nuestra doctrina FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, p. 271, no existe una sola teoría de la representación, sino un cúmulo de variantes.

un elemento volitivo en la definición del dolo eventual, construyendo la delimitación entre la imputación dolosa e imprudente, en atención al mayor o menor grado de conocimiento que el sujeto tiene sobre la peligrosidad de su acción. Los partidarios de estas teorías abandonan la idea de mantener la «clásica» definición del dolo como «conocer y querer los elementos del tipo objetivo» en los denominados casos fronterizos o límite, esto es, en los supuestos incluidos tradicionalmente en el ámbito del dolo eventual (39).

13. En este sentido, los defensores de la teoría probabilidad («*Wahrscheinlichkeitstheorie*»), variante más extendida de las «teorías de la representación», fijan la frontera entre el dolo (eventual) y la imprudencia en atención al mayor o menor grado de probabilidad con que el sujeto se ha representado la concurrencia de la conducta típica. En los casos en que el sujeto se ha representado como probable la realización del tipo se le imputa a título doloso. Por su parte, en los supuestos en que se haya representado la conducta típica como algo improbable o escasamente probable se le imputará, únicamente, a título imprudente (40). En efecto, como ha puesto de relieve en nuestra doctrina Gimbernat Ordeig, el papel central que, en el planteamiento defendido por los partidarios de la teoría del consentimiento, ocupaba la actitud interna del sujeto en relación al resultado típico, ha pasado a ocuparlo, en el planteamiento esgrimido por los partidarios de la teoría de la probabilidad, la representación que el sujeto tiene sobre la peligrosidad de la conducta típica (41).

14. Si bien la teoría de probabilidad soluciona, satisfactoriamente, los supuestos en que fallaba estrepitosamente la teoría del consentimiento en su versión de la primera fórmula de Frank, esto es, los casos en que el resultado acaecido resulta contrario a la finalidad que movió al sujeto al emprender la acción, ha sido igualmente objeto de múltiples críticas por parte de la doctrina científica (42). En primer lugar, se le ha reprochado a esta teoría el hecho de que no soluciona

(39) Manteniendo, por el contrario, la definición general de dolo en relación a los supuestos en que concurre dolo directo de primer y segundo grado. En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 90 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 66 y 68.

(40) En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 95 ss.; MIR PUIG, «Conocimiento...», p. 25; el mismo, *Derecho penal...*, p. 262; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOLCILDO, *Derecho penal...*, p. 132; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 67; ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 397.

(41) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca...», pp. 251 ss. En el mismo sentido, entre otros, MIR PUIG, «Conocimiento...», p. 24; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 67.

(42) Hasta el punto de que ha señalado en nuestra doctrina RAGUÉS I VALLÈS, *el dolo...*, p. 71, nota 151, que únicamente se muestran partidarios con la teoría de la

adecuadamente los supuestos en que, si bien el sujeto se representa como poco probable la consecución del resultado típico, actúa con la intención de producirlo, tal y como sucede en el denominado «Caso Tyren», en el que un tirador inexperto dispara a matar a una persona que se encuentra a una gran distancia con una escopeta mal calibrada, y, pese a ello, consigue su objetivo (43). En segundo lugar, se ha criticado la incapacidad que ha mostrado la teoría de la probabilidad para delimitar de forma clara las fronteras entre el dolo y la imprudencia, poniendo de relieve algunos autores la arbitrariedad e inseguridad a la que conduce la utilización de fórmulas tan imprecisas como la diferenciación entre probabilidad y posibilidad, o el establecimiento de un determinado porcentaje que, en la práctica, difícilmente puede concretarse (44). En tercer lugar, otra de las críticas que se dirige contra la teoría de la probabilidad toma como base los supuestos en que el sujeto advierte como muy poco probable la producción del resultado, confiando irracionalmente en que todo irá bien, y el conocido caso de la «ruleta rusa», en el que un sujeto apunta a la sien con un revolver que únicamente tiene en su tambor una bala (45). Y en cuarto lugar, y como no podía ser de otra manera, los autores que siguen defendiendo la necesidad de mantener un elemento volitivo en la definición general de dolo reprochan a los partidarios de la teoría de la probabilidad el que fijen la frontera entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente), exclusivamente, sobre la base de la mayor o menor probabilidad que el sujeto se ha representado, argumentando que la voluntad

probabilidad Mayer y Ross, autores a los que en España DÍAZ PITA, *El dolo...*, p. 98, y en Alemania ROXIN, *Derecho penal...*, p. 435, añaden a Schumann y Joerden.

(43) En este sentido, entre otros, FRISCH, *Vorsatz...*, p. 12; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 69.

(44) En este sentido, en la doctrina española, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 273, 277 y 288; FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC (65)*, 1998, p. 328; en la doctrina alemana, entre otros, FRISCH, *Vorsatz...*, p. 20; JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 327, nota 47.

(45) En estos supuestos se afirma que la aplicación estricta de la teoría de la probabilidad permite únicamente la imputación del hecho típico a título imprudente, lo cual, en términos de merecimiento de pena, resulta inadmisibles. Así, en el primero de ellos no es posible imputar el resultado típico a título doloso (eventual) porque el sujeto, aunque irracionalmente, se representa como muy improbable e, incluso, imposible la concurrencia del mismo. Por su parte, en el segundo, resulta evidente que el sujeto advirtió que lo más probable era que no se produjera la muerte de la persona a quien apuntaba, por cuanto únicamente existía un 17 por 100 de probabilidades de que ésta tuviera lugar (uno sobre cinco). En este sentido se pronuncian, respectivamente, ROXIN, «Zur abgrenzung von bedingtem Vorsatz und Bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, 1964, p. 60, quien apunta cómo en estos supuestos la aplicación de la teoría de la probabilidad acaba primando a los sujetos más irreflexivos; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 71 y 80, en particular, nota 188.

debe exigirse en todas las formas de dolo y, consiguientemente, también en el dolo eventual, y que su presencia fundamenta el mayor desvalor del tipo doloso frente al tipo imprudente y, por tanto, la imputación de una pena más elevada (46).

15. Las críticas vertidas contra las teorías del consentimiento y de la probabilidad explican por qué, en la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia se han decantado, de forma mayoritaria (47), por la adopción de un criterio mixto en el que se imputa el hecho a título doloso (eventual) en los supuestos en que el sujeto, además de conocer el peligro que conlleva su conducta (elemento cognoscitivo), se «conforma», se «resigna», o cuanto menos «acepta» las posibles consecuencias que su realización comporta (elemento volitivo). Respondiendo, por el contrario, a título imprudente (consciente) en los casos en que, pese a ser consciente de la peligrosidad que entraña su conducta, decide realizarla confiando en que el resultado típico no tendrá lugar. Los autores que acogen este planteamiento construyen la deli-

(46) Si bien, como muy acertadamente han apuntado algunos autores, el gran mérito de la teoría de la probabilidad frente a la teoría del consentimiento radica, precisamente, en la crítica que sus partidarios han dirigido al mantenimiento de los elementos volitivos y/o emocionales como criterios fundamentales en la delimitación del dolo y la imprudencia. En este sentido, entre otros, FEJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, pp. 328 ss.; JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 327, nota 47, quien concluye «... el núcleo de verdad en la teoría de la probabilidad reside en dirigirse contra las teorías de la disposición, que descuidan la dirección a favor de la actitud»; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 169; quien destaca el papel que ha jugado la teoría de la probabilidad en la consolidación de la línea jurisprudencial que, en la actualidad, ha relativizado la importancia del elemento volitivo en favor del cognoscitivo; MIR PUIG, «Conocimiento...», pp. 24 ss., en particular, nota 26, quien apunta cómo dicha teoría ha trazado el camino de las nuevas posiciones que en la actualidad construyen la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente en atención preferentemente al elemento intelectual: conocimiento suficiente de la peligrosidad de su conducta; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 71 y 88, quien también ha destacado el papel que ha cumplido la teoría de la probabilidad en las nuevas concepciones puramente cognitivas que en la actualidad son defendidas por un amplio sector de la doctrina jurídico-penal alemana y española.

(47) En efecto, en opinión de varios autores, las teorías eclécticas o mixtas constituyen actualmente la posición dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Así lo entienden, entre otros, FEJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, pp. 292, nota 56, y 315 ss., quien señala que el TS. al igual que la doctrina científica, ha ido paulatinamente acogiendo una «... posición ecléctica» que palia la relevancia del elemento volitivo otorgándole gran importancia a lo que el autor conoce (*de acuerdo con los topoi* “tomar en serio” o “confiar en la no producción del resultado”...); HAVA GARCÍA, *La imprudencia...*, p. 66; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 161 ss., quien considera que es la perspectiva «... más usual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo...»; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 103 ss., quien atribuye el éxito de esta postura al hecho de que «formalmente» sus partidarios respetan la tradicional definición general de dolo como «conocer y querer».

mitación entre ambos títulos de imputación sobre la base del elemento cognitivo «tomar en serio el peligro» (48), aunque siguen manteniendo el componente volitivo, elemento que plasman a través de las expresiones anteriormente citadas.

16. Ahora bien, ¿constituye esta postura un avance con respecto a las tradicionales teorías de la probabilidad y del consentimiento? A mi juicio, puede afirmarse que constituye un avance, por cuanto, a diferencia de la primera, quien «toma en serio el peligro» realiza una valoración sobre la cualidad del mismo, de tal forma que la delimitación entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente) no se fundamenta, únicamente, en atención a un criterio cuantitativo, tal y como proponen los partidarios de la teoría de la probabilidad. Y también representa un progreso en relación a la teoría del consentimiento, en la medida en que si bien los partidarios de las «teorías eclécticas» exigen igualmente un elemento volitivo en la definición del dolo eventual, a diferencia de ésta, no lo determinan atendiendo a la actitud interna o emocional que adopta el sujeto con respecto al resultado típico, esto es, no lo dotan de un contenido «psicologizante», sino que, en el momento en que analizan la racionalidad o irracionalidad de la confianza, lo someten, *de facto*, a un proceso de objetivización o normativización, alejándose de esta manera de la caracterización general del dolo como «conocer y querer» de la que «teóricamente» parten.

17. Ciertamente, como muy acertadamente ha señalado Ragués i Vallès, al proyectar dichos autores el elemento de la confianza sobre el elemento volitivo y no sobre el elemento cognoscitivo (49), se les plantea el problema adicional de cómo resolver los casos en que, aunque el sujeto se ha representado un determinado grado de peligro en su conducta, no desdeñable, decide continuar confiando en que la realización del tipo no tendrá lugar. En estos supuestos una aplicación consecuente de su planteamiento permitiría únicamente su imputación a título imprudente, lo cual, desde una perspectiva político-criminal, resulta

(48) Expresión acuñada por STRATENWERTH, «Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit», *ZStW*, (71) 1959, pp. 51 ss., que ha tenido una amplia acogida tanto en la doctrina alemana como española. Muy próxima a dicha expresión se encuentra la elaborada por WELZEL, *Derecho penal...*, pp. 81 ss., quien fundamenta la imputación del hecho típico a título doloso (eventual) y/o imprudente (consciente), respectivamente, a partir de la dualidad «contar con» y «confiar en».

(49) Tal y como sostenían WELZEL, *Derecho penal...*, pp. 81 ss., y STRATENWERTH, *ZStW*, (71) 1959, p. 64, quienes al vincular la posible confianza del autor con el elemento cognoscitivo podían fundamentar su imputación únicamente a título imprudente (consciente) y no dolosa (eventual) en aquellos casos en que dicha confianza había impedido al sujeto representarse adecuadamente la peligrosidad que en concreto conllevaba su conducta.

insatisfactorio, por cuanto se acaba privilegiando a los sujetos «demasiado» optimistas en detrimento de los más juiciosos o cautos (50).

18. Precisamente la necesidad de responder a los inconvenientes que, a efectos de merecimiento de pena, plantean estos supuestos es la que está en el origen de los planteamientos de aquellos autores que establecen limitaciones objetivas a la confianza, distinguiendo, de esta forma, los supuestos en que al concurrir una confianza racional o razonable se excluye el dolo (eventual), de los casos en que, por el contrario, estamos ante una mera esperanza o deseo que no impide la imputación del hecho a título doloso. Ésta es la posición, por ejemplo, que en nuestra doctrina defiende Luzón Peña, quien ha elaborado la denominada «teoría restringida del consentimiento o de la aprobación», en virtud de la cual «... la aceptación (o consentimiento o similares) no se excluye por una confianza irracional e infundada en la no producción del hecho..., sino que la aceptación o consentimiento sólo se excluye por una confianza mínimamente fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca el hecho...» (51).

19. Luzón Peña no construye la delimitación entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente), atendiendo a la subjetividad del

(50) En esta línea se sitúan en España autores como MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 269, quien señala «... es posible que el sujeto esté convencido de que, pese a la peligrosidad estadística que advierte en la acción, en su caso no va dar lugar al delito. Tal convicción podrá basarse en elementos objetivos de la situación que la hagan razonable y faciliten su prueba..., pero también en motivos irracionales, como la superstición, aunque el Juez no podrá partir de esto último, salvo que existan pruebas que lo confirmen...»; el mismo, «Conocimiento...», p. 32. Y en Alemania autores como FRISCH, *Vorsatz...*, pp. 215 ss., quien también excluye la concurrencia del dolo en los casos en que el sujeto confía irracionalmente en una buena salida pese a representarse de forma correcta el riesgo que la realización de su conducta comporta, posición que, a diferencia de Mir Puig, mantiene no desde una perspectiva «voluntativa», sino, eminentemente, cognoscitiva. Se muestran especialmente críticos en nuestra doctrina con el planteamiento defendido por Frisch, entre otros, LAURENZO COPPELLO, *Dolo...*, pp. 230 ss., quien considera que esta solución no puede asumirse por aquellos que como ella parten de una teoría pura del conocimiento; y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 62 ss. y 88, en particular, nota 239.

(51) Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso...*, p. 426; el mismo, «Dolo...», p. 139. Planteamiento que es asumido por su discípula RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 62 ss.; la misma, «El delito de peligro del artículo 346 CP. Dolo de peligro y dolo de lesión», en *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, pp. 214 ss. En parecidos términos se expresa MAQUEDA ABREU, «La relación “Dolo de peligro”-“Dolo (eventual) de lesión”». A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 “sobre el aceite de colza”, *ADPCP*, 1995, p. 436, quien reserva el ámbito de la culpa (consciente) «... para aquellos casos de representación errónea de una posibilidad de evitación del resultado que sean «creíbles» o, si se prefiere, capaces de generar en el autor una confianza racional y realista en su no producción, gracias al control que cree tener de la situación».

sujeto, sino que fundamenta la relevancia (racional) o irrelevancia (irracional) jurídico-penal de la confianza recurriendo a dos criterios eminentemente objetivo-normativos como son el grado de conocimiento que sobre el riesgo posee el sujeto y las posibilidades reales que tiene de controlarlo (52). Sin embargo, esta forma de proceder resulta criticable, por cuanto, como ha puesto de relieve un significativo sector doctrinal (53), la utilización de criterios objetivo-normativos no casa en los planteamientos de los autores que, como el aquí analizado, siguen concibiendo el dolo en atención a la vertiente interna del sujeto, esto es, en función de lo que el autor se representa y quiere (54).

20. Pese a que los partidarios de las denominadas teorías eclécticas destacan, en el plano teórico, el especial protagonismo que adquiere el elemento volitivo en la delimitación de los comportamientos dolosos (eventual) e imprudentes (consciente), en el plano práctico, no dotan a dicho elemento de contenido alguno, sino que acaban infiriendo su concurrencia, única y exclusivamente, del grado de conocimiento que el sujeto tiene sobre el peligro que conlleva su conducta. En efecto, el componente emocional-volitivo descrito por medio de las expresiones «conformarse», «resignarse» o «aceptar» carece de virtualidad alguna, esto es, no deja de ser una mera declaración de intenciones (55). De hecho, esta insustancialidad del elemento

(52) Cfr. LUZÓN PEÑA, quien afirma «... Esa confianza con un mínimo de fundamento objetivo requerirá, o que haya ya bastantes posibilidades objetivas, conocidas por el sujeto, de no realización del hecho, o que pese a la peligrosidad pueda hacer algo para intentar evitar tal producción...». En parecidos términos se expresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 63 ss.; la misma, «El delito...», pp. 216 ss., quien concluye «... en definitiva, el Ordenamiento jurídico penal otorga eficacia excluyente del dolo a la confianza sólo por debajo de ciertos niveles o condiciones de riesgo, en los que éste es mínimamente controlable y el sujeto confía (erróneamente) en la posibilidad de controlarlo...».

(53) En este sentido, LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 282, quien concluye el análisis de la postura defendida por Luzón Peña afirmando «... tampoco las teorías volitivas están exentas de la tan temida "objetivización" del dolo»; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 107, nota 266, quien no entiende la crítica que Rodríguez Montañés realiza al planteamiento objetivista de Herzberg cuando dicha autora estima «correcto y necesario establecer límites objetivos a las posibilidades de confianza del sujeto».

(54) Cfr. LUZÓN PEÑA, «Dolo...», p. 139, para quien el dolo eventual «... requiere el elemento volitivo en forma de aceptación o consentimiento...». En la misma línea, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 64, quien, de forma expresa, admite que «... esta objetivización que aquí se propone no supone, sin embargo, la renuncia a la referencia subjetiva, sino tan sólo el establecimiento de ciertos límites a la misma: lo relevante para el dolo sigue siendo lo que efectivamente el sujeto se representa y quiere...».

(55) En este sentido, se pronuncian en la doctrina española, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *ADPCP*, 1996, p. 303, nota 39, quien ha puesto de relieve cómo, pese

volitivo en la definición general de dolo y en la determinación del dolo eventual, en particular, está en la base de los planteamientos de los autores que niegan su necesidad, construyendo la delimitación entre el dolo y la imprudencia, en exclusiva, sobre el elemento cognoscitivo: las denominadas teorías cognitivas.

21. En efecto, ante la superficialidad del elemento volitivo, los partidarios de las denominadas «teorías cognitivas» optan por reformular la definición general de dolo, rechazando, de forma expresa, el «querer» en la definición general de dolo (56), y ello en base al siguiente razonamiento: no tiene sentido mantener el elemento volitivo en la definición del dolo cuando se comprueba que su concurrencia se infiere, en exclusiva, de la representación que del peligro tiene el sujeto en el momento en que decide actuar, esto es, cuando el elemento cognoscitivo constituye el único indicador a partir del que se deduce que el sujeto se ha «conformado», «resignado» o «aceptado» el resultado típico.

22. En la actualidad, como ya he apuntado, cada vez son más los autores que prescinden de la voluntad en la conceptualización del dolo

a que un amplio sector de la jurisprudencia se muestra contraria a prescindir del elemento volitivo en el dolo, acogiendo, consiguientemente, los postulados de la «teoría ecléctica», en la práctica, ante la imposibilidad de probar dicho elemento, fundamenta la concurrencia del dolo en base, únicamente, al conocimiento o desconocimiento que el sujeto tenía sobre el peligro que conlleva su conducta, esto es, atendiendo, exclusivamente, al elemento cognoscitivo; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 166 ss., quien, en relación a la jurisprudencia que, de forma mayoritaria, ha acogido los postulados de la teoría ecléctica, destaca la divergencia que supone el hecho de que, teóricamente, se exija el elemento volitivo en el dolo y se utilice la «representación de un alto nivel de riesgo como indicador» para determinar su existencia; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 84, 104 ss., 122 ss. y 157, quien pone de relieve la poca sustantividad que cabe atribuir a expresiones tales como «conformarse», «resignarse» o «aceptar», las cuales, en su opinión, se encuentran muy alejadas del auténtico «querer» exigido en la definición general de dolo; en la doctrina alemana, entre otros, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 638, quien concluye cómo después de un análisis detenido de tales expresiones uno llega a la conclusión que el único dato que se toma en consideración para determinar la concurrencia del elemento volitivo recae sobre el «... hecho de que el autor haya llevado a cabo una actuación peligrosa para la vida con conocimiento del peligro...»; KINDHÄUSER, *ZStW*, (96) 1984, pp. 23 ss., quien considera que en modo alguno puede equipararse el «conformarse» al «querer».

(56) El rechazo a todo elemento volitivo en la definición del dolo y su fundamentación, en exclusiva, sobre el elemento cognoscitivo constituyen, en opinión de la doctrina mayoritaria, los rasgos comunes característicos de las llamadas «teorías cognitivas». En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, p. 89; FEIJOO SÁNCHEZ, *CPC*, (65) 1998, p. 299, nota 71 *in fine*; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 88 ss.; PAREDES CASTAÑÓN/DÍAZ Y GARCÍA/DE VICENTE REMESAL, «Argumentación y prueba en la determinación del dolo (comentario a la STS de 24 de octubre de 1989, PTE. GARCÍA ANCOS), *RDPC*, (8) 2001, p. 334.

y fijan las fronteras entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente) en base, respectivamente, al conocimiento o desconocimiento que tiene el sujeto sobre el peligro que comporta su conducta (57). Esta «nueva» posición doctrinal tiene su origen en los planteamientos defendidos en Alemania por Schröder y, especialmente, por Schmidhäuser (58), quien, en opinión de la doctrina, constituye uno de los autores que más se ha esforzado en negar la autonomía del elemento volitivo en la configuración del tipo doloso (59). Ciertamente, en el desarrollo de los actuales planteamientos cognoscitivistas, defendidos por un amplio sector doctrinal y jurisprudencial, ha jugado un papel fundamental el criterio elaborado por Schmidhäuser a fin de delimitar el dolo y la imprudencia: representación del peligro concreto (dolo) *versus* representación del peligro abstracto (imprudencia) (60).

23. De hecho, el planteamiento de Schmidhäuser se encuentra en la base de la tesis elaborada años más tarde por Frisch, cuya obra ha jugado, a su vez, un importante papel en la adopción de la perspec-

(57) *Vid. supra* nota 13.

(58) Puede encontrarse una descripción de las tesis elaboradas por ambos autores en los trabajos de DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 90 ss; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 73 ss. y 90 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 54 ss.; ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 433 ss.

(59) En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 98 ss., quien se muestra contraria a las teorías cognitivas propugnadas por dichos autores no sólo porque traen consigo una extensión del ámbito del dolo en detrimento de la imprudencia consciente, sino también porque, en su opinión, la voluntad constituye el único elemento que permite diferenciar nítidamente el dolo (eventual) de la imprudencia (consciente); RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 58 ss., quien también se muestra especialmente crítica con las teorías estrictamente cognitivas, por cuanto, además de ampliar en demasía el ámbito del dolo, determinan la «... *confusión de delitos de lesión y de peligro y la práctica inaplicabilidad de estos últimos...*»; ROXIN, *Derecho penal...*, p. 434, con ulteriores referencias bibliográficas, quien, si bien muestra su desacuerdo con dichas teorías a las que califica de «... *demasiado intelectualistas*», concluye que, en el fondo, las posiciones defendidas por dichos autores no discrepan de la suya, sino que, únicamente, aportan «... *otra interpretación y otra terminología...*».

(60) Cfr. SCHMIDHÄUSER, «Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit», *GA*, 1957, pp. 310 ss.; el mismo, «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (“dolus eventualis” und bewußte Fahrlässigkeit)», *JuS*, 1980, pp. 249 ss. Idea con la que resuelve casos límite como el planteado en el conocido supuesto de la «conducción vertiginosa» o «conductor rasante» («*rasanter Autofahrer*»): en el que un sujeto que conduce a gran velocidad por una estrecha carretera invadiendo el carril contrario y sin disponer de visibilidad alguna impacta con otro vehículo cuyo conductor muere. En este supuesto considera Schmidhäuser que debe imputarse el resultado de muerte únicamente a título imprudente, por cuanto, aunque en abstracto el sujeto se ha representado la posibilidad de su producción, en su concreta situación dicho sujeto no creyó que finalmente se produjera el resultado de muerte.

tiva cognoscitivista por parte de un destacado sector de nuestra doctrina científica y jurisprudencial. En efecto, como ha puesto de relieve Ragués i Vallès, el planteamiento esbozado por ambos autores converge en dos puntos: *a)* en primer lugar, los dos exigen que el sujeto tome conciencia de la peligrosidad que en concreto comporta su conducta para lesionar el bien jurídico-penalmente protegido; y *b)* en segundo lugar, ambos autores niegan la posibilidad de imputar el hecho típico a título doloso en los casos en que el sujeto confía, erróneamente, que su conducta no resulta idónea para lesionar dicho bien jurídico, por cuanto entienden que ello impide al sujeto representarse correctamente el riesgo que su conducta comporta (61).

24. Frisch construye su posición acerca del dolo sobre la base de tres ideas fundamentales (62). En primer lugar, y en sintonía con los postulados de la teoría de la imputación objetiva, concibe el dolo como conocimiento del riesgo típicamente relevante, negando, autonomía propia al elemento volitivo en dicha definición (63). En segundo lugar, considera, en contra de la opinión mayoritaria, que el conocimiento no debe abarcar el resultado, sino, únicamente, el comportamiento típico (64). En tercer lugar, acoge la idea de la decisión en contra del bien jurídico como criterio fundamentador de la mayor

(61) Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 94.

(62) Para una descripción más detallada de la tesis elaborada por FRISCH puede consultarse, en la doctrina española, los trabajos realizados por DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 113 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 227 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 93 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 83 ss.; en la doctrina alemana, entre otros, ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, (BACIGALUPO SAGGESE/CANCIO MELIÁ trads.), Madrid, 1995, pp. 167 ss.; KÜPER, GA 1987, pp. 479 ss.; ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 439 ss.

(63) Cfr. FRISCH, *Vorsatz...*, p. 264 ss., para quien la voluntad no constituye un elemento propio del concepto general de dolo sino de la acción. En este sentido, se han pronunciado, en la doctrina española, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1996, p. 303; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 293; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1987, p. 545; del mismo autor, *Aproximación...*, p. 401, quien estima igualmente que la «... voluntariedad no es un elemento del dolo, sino un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos e imprudentes...»; en la doctrina alemana, entre otros, HERZBERG, JZ 1988, pp. 573 ss.; KINDHÄUSER, ZStW (96) 1984, p. 21.

(64) Cfr. FRISCH, *Vorsatz...*, pp. 95 ss. En la misma línea, se han pronunciado en la doctrina española y alemana, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP, 1996, pp. 305 ss.; MIR PUIG, «Conocimiento...», pp. 26 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, «El dolo y el conocimiento de la antijuricidad», en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, (JIMÉNEZ VILLAREJO dir.), CDJ Madrid 1994, p. 41; RAGUÉS I VALLÈS, ADPCP 1997, p. 809. En contra, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 134 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 303, nota 78; KÜPER, GA 1987, p. 503; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 249 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 87 ss.; ROXIN, *Derecho penal...*, p. 441.

penalidad del dolo con respecto a la imprudencia, de tal forma que el sujeto toma una decisión en contra del bien jurídico en los casos en que, pese a que conoce que su conducta es idónea en concreto para lesionar un bien jurídico-penal, actúa (65).

25. La construcción elaborada por FRISCH ha tenido, como ya he adelantado, una importante acogida tanto en nuestra doctrina como en la jurisprudencia del TS. Efectivamente, en la actualidad, un significativo número de autores niega, en nuestra doctrina, autonomía propia a la voluntad en la definición general de dolo y defiende que las fronteras entre el dolo y la imprudencia deben fijarse, únicamente, atendiendo al conocimiento o desconocimiento que el sujeto tiene sobre el riesgo que en concreto entraña su conducta para el bien jurídico-penalmente protegido (66). A juicio de estos autores, se imputa el hecho típico a título doloso en los casos en que el sujeto actúa pese a que dispone de datos suficientes para conocer el peligro que comporta su conducta para el bien jurídico protegido, mientras que se imputa el hecho a título imprudente en los supuestos en que, si bien el sujeto conoce en abstracto el peligro que comporta su conducta, carece de

(65) Cfr. FRISCH, *Vorsatz...*, pp. 98 ss. y 498. Pese a que la idea de la «decisión en contra del bien jurídico» fue elaborada por ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 424 ss., como criterio básico sobre el que resolver, en particular, la delimitación entre el dolo eventual y la culpa consciente, ha sido utilizada por otros autores para determinar, en general, el concepto de dolo y para fundamentar el mayor castigo de las conductas dolosas en relación con las imprudentes. En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 300 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 302 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 239 ss.; HASS.EMER, «Los elementos característicos del dolo», (DÍAZ PITA trad.), ADPCP 1990, pp. 915 ss.

(66) En efecto, ha crecido el número de autores que utilizan el elemento cognoscitivo como único criterio de delimitación entre ambos títulos subjetivos de imputación. En este sentido, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios...*, p. 228, para quien el «... el dolo... sólo depende del conocimiento del autor de la peligrosidad concreta de la realización del tipo...»; CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1996, p. 303, para quien la diferencia entre los delitos dolosos e imprudentes radica «... en el distinto contenido del conocimiento que tiene el sujeto respecto del “concreto peligro” creado por su conducta...»; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 278 ss., 293, 298 y 301, quien concluye «... La distinción entre el dolo e imprudencia reside, pues, únicamente en el aspecto intelectual. La modalidad de imputación no depende de lo que el autor quiera o persiga o su posición anímica frente a un posible resultado...»; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 248, para quien «... la esencia del delito doloso debe fijarse en la realización de una conducta a pesar de conocer el peligro concreto de lesión del bien jurídico...»; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal...*, p. 134, para quienes la diferencia entre los comportamientos dolosos e imprudentes estriba «... en el mayor o menor grado de peligro apreciado por el sujeto ex ante, en su conducta...»; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1987, p. 545, donde mantiene que el conocimiento constituye el elemento esencial en el dolo; EL MISMO, *Aproximación...*, p. 401.

los datos necesarios para conocer la concreta eficacia lesiva de su comportamiento. Ello explica por qué, a continuación, alguno de estos autores califica los comportamientos imprudentes como supuestos de error de tipo (67) y justifica la imposición de una pena más grave para los comportamientos dolosos, argumentando que constituyen un atentado más directo contra la vigencia de la norma y ello requiere una respuesta más contundente por parte del Derecho (68).

26. Sin embargo, esta «nueva» concepción del dolo ha trascendido del plano puramente teórico al plano práctico, motivando un cambio de orientación en la jurisprudencia, dónde, paulatinamente, ha ido ganando terreno la perspectiva cognitiva en detrimento de la clásica aproximación voluntativa representada por la teoría del consentimiento o de la aprobación. En este paulatino acercamiento de la jurisprudencia hacia la perspectiva cognoscivista han jugado un papel fundamental los siguientes elementos. En primer lugar, la asunción, directa o indirecta, de la teoría de la probabilidad como criterio de concreción, en muchas ocasiones único, de la tesis ecléctica o mixta, mayoritariamente seguida por nuestros Jueces y Tribunales (69). En segundo lugar, la configuración del dolo en los delitos de omisión (en especial en los delitos de comisión por omisión), donde, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han restado relevan-

(67) En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1985, p. 971; la misma, *El delito imprudente...*, p. 288, para quien «... el desconocimiento del peligro es siempre «desconocimiento de una circunstancia objetiva que concurre en la situación», por lo que se trata de una modalidad de error de tipo...»; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 300, quien concluye «... el no-dolo (punible o no) es siempre un supuesto de error de tipo...»; KINDHÄUSER, ZStW (96) 1984, pp. 26 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 290 ss., quien, siguiendo en este punto a Kindhäuser, considera que la imprudencia (consciente) constituye un supuesto en que «... el sujeto supone erróneamente que el hecho está bajo control y el resultado se evitará...»; SANCI-NETTI, *Teoría...*, p. 200.

(68) En este sentido, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 311 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 243 ss., en particular nota 23; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 42 ss.; el mismo, ADPCP 1997, pp. 805 ss., nota 42; quienes acogen en este punto el planteamiento defendido por JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 312; quien fundamenta la mayor penalidad de los comportamientos dolosos acudiendo a la teoría de la prevención general positiva.

(69) En este sentido, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 316, nota 108, GIMBERNAT ORDEIG, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», ADPCP 1990, pp. 422 ss., donde ya puso de manifiesto como si bien, nominalmente, la jurisprudencia acude a la teoría del consentimiento para determinar la concurrencia del dolo eventual en los delitos contra la vida, «... lo cierto es.. que en realidad y de hecho, la teoría que aplican... es la de la probabilidad...»; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 169; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1995, p. 428.

cia al elemento volitivo, reconociendo que el conocimiento de la infracción por el garante es suficiente para determinar la imputación del hecho típico a título doloso (70). Y en tercer lugar, ha adquirido un especial protagonismo la conocida sentencia del «caso del aceite de colza» (71), por cuanto, no en vano, constituye la primera resolución en la que el TS, partiendo de los postulados propios de la teoría de la imputación objetiva, se concibe el dolo en términos puramente cognoscitivos (72).

27. Ahora bien, siendo muy notable la influencia que ha ejercido la sentencia de la colza en las posteriores resoluciones dictadas por nuestros Jueces y Tribunales (73), debe precisarse que, en la actualidad, la perspectiva cognoscivista no se ha impuesto en nuestra jurisprudencia, sino que junto a la misma siguen existiendo numerosas sentencias en las que, siquiera formalmente, se exige la concurrencia del elemento volitivo a través de la fórmula suavizada o relativizada del «conformarse o el resignarse» con la producción del resultado típico (74).

(70) En este sentido, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios...*, pp. 227 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 299, nota 71 y 320, quien apunta como dicha configuración tiene su origen en el mayor contenido normativo que la doctrina mayoritaria dota a los delitos de omisión con respecto a los delitos de acción; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 170, donde pueden encontrarse algunas referencias jurisprudenciales.

(71) STS 23-04-92 (RJ 6783/1992, Pte. Bacigalupo Zapater, FJ 3.^º). Puede consultarse una sucinta exposición de los hechos en el trabajo de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del «caso de la colza» (1.^ª parte), en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, (MIR PUIG/LUZÓN PEÑA, coords.), Barcelona, 1996, pp. 263 ss.

(72) Varios son los autores que han destacado especial protagonismo que ha adquirido la sentencia del «caso del aceite de colza» en la asunción de la teoría cognitiva en nuestra jurisprudencia. En este sentido, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 318 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 170 ss.; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1995, pp. 430 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Problemas...», pp. 275 ss.; TORÍO LÓPEZ, «Acción peligrosa...», pp. 169 ss.; si bien estos dos últimos autores, a diferencia de los anteriores, se muestran especialmente críticos con la «objetivización» o «normativización» del dolo defendida en dicha resolución.

(73) En este sentido, asumen directa o indirectamente, la concepción del dolo configurada en la sentencia del «caso de la colza», entre otras, las SSTS 24-01-01 (RJ. 2001\404, Pte. Granados Pérez, FJ 5.^º); 6-06-00 (RJ. 2000\4159, Pte. Martín Canivell, FJ 3.^º); 22-01-01 (RJ. 2001\457, Pte. Granados Pérez, FJ 2.^º); 19-10-01 (RJ 2001\9379, Pte. Conde-Pumpido Tourón, FJ 4.^º); 27-02-04 (RJ. 2004\1446, Pte. Granados Pérez, FJ 2.^º).

(74) En este sentido, se pronuncian, entre otras, la STS 19-10-01 (RJ. 2001\ 9379, Pte. Conde-Pumpido Tourón) y el ATS 10-10-03 (RJ. 2003\7465, Pte. MAZA MARTÍN).

28. La posición de aquellos autores que como Frisch definen el concepto de dolo desde una perspectiva exclusivamente cognoscivista, prescindiendo, de forma expresa, de la voluntad como elemento autónomo, ha sido objeto de duras críticas por parte de un importante sector doctrinal. En primer lugar, se le reprocha a los planteamientos cognoscitivistas, defendidos entre otros por FRISCH, el hecho de que traen consigo una ampliación del ámbito del dolo en detrimento de la imprudencia (75), por cuanto al pivotar el concepto de dolo sobre el elemento intelectual, los supuestos tradicionalmente incluidos en el marco de la imprudencia consciente, pasan a formar parte del tipo doloso (eventual) (76). En segundo lugar, se le ha reprochado concretamente a la postura de Frisch el hecho de que no haya llevado hasta sus últimas consecuencias el planteamiento cognoscivista del que parte a la hora de definir el concepto de dolo (77). En tercer lugar,

(75) En este sentido, se pronuncia, en nuestra doctrina, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 130 y 137, para quien la posición de FRISCH «... supone... una ampliación de la punición de los delitos dolosos...». Conclusión ésta que no comparten FEIJÓ SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 325, nota 121, quien entiende que constituye una «crítica fácil» que si bien puede dirigirse contra las «viejas teorías cognitivas» como la defendida por SCHRÖDER no puede extenderse a aquellas posiciones como la de FRISCH que han acogido los postulados de la teoría de la imputación objetiva; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1995, p. 433, nota 39, para quien el planteamiento de FRISCH comporta, contrariamente, una ampliación de la imprudencia consciente, por cuanto excluye la concurrencia de dolo en los supuestos en que el sujeto confía, incluso irracionalmente, en que la conducta cuya peligrosidad conoce no determinará la lesión de un bien jurídico.

(76) En efecto, uno de los principales reproches que se ha dirigido a la teoría de la posibilidad propugnada en Alemania por SCHRÖDER y SCHMIDHÄUSER es que el concepto de dolo que propugnan determina la desaparición de la culpa consciente y la inclusión de la misma en el ámbito del dolo. En este sentido, en la doctrina alemana, entre otros, STRATENWERTH, ZStW (71) 1959, pp. 51 ss.; KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 1997, p. 165; en la doctrina española, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1985, p. 172; DÍAZ PITA, *El dolo...*, p. 108.

(77) En efecto, un significativo sector doctrinal considera que, si bien el citado autor construye la delimitación entre el dolo y la imprudencia en atención al conocimiento o desconocimiento que del riesgo típico tiene el sujeto, confiere relevancia al elemento volitivo en el momento en que niega la concurrencia de dolo en los supuestos en que el sujeto, pese a conocer el peligro concreto que conlleva su conducta para el bien jurídico-penalmente protegido, confía, irracionalmente, en que ello no derivará en lesión alguna. En este sentido, en la doctrina española, entre otros, FEIJÓ SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 279, nota 26, quien destaca la fractura que supone en el planteamiento de FRISCH la negación del dolo en los supuestos en que, pese a que el sujeto conoce el peligro típico, confía irracionalmente en una buena salida; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 229 ss., quien, si bien estima acertada la propuesta de FRISCH de tomar en consideración la valoración que el sujeto realiza sobre el peligro que conlleva su conducta, se muestra crítica con su extensión a los supuestos en que el sujeto confía, sin fundamento alguno, en que nada pasará o no realiza ninguna valo-

algunos autores sostienen que la adopción de un planteamiento cognoscivista en el que se prescinde del elemento volitivo y se concibe el dolo como «conocimiento del riesgo típico», comporta como consecuencia lógica la superposición o identificación de las figuras del «dolo de peligro concreto» y «dolo eventual de lesión» y la confusión de los «delitos de peligro» y los «delitos de lesión», lo cual, en la práctica, determina la inaplicación de estos últimos, en la medida en que «*toda puesta en peligro de la vida o la integridad implicaría ya una tentativa de homicidio o de lesiones*» (78). Por último, apunta en nuestra doctrina Ragués i Vallès, que las teorías de corte intelectualista, entre las que se sitúa la elaborada por Frisch, no resuelven satisfactoriamente los supuestos en que el sujeto no se ha representado la idoneidad de su conducta para lesionar un bien jurídico-penal en una situación en que cualquier persona lo habría advertido, ni en los casos en que el sujeto ha creado, de forma consciente, un riesgo que supera de forma mínima el riesgo permitido (79).

ración al respecto, por cuanto, en su opinión, ello acerca el planteamiento del autor a «... las tradicionales posturas partidarias de centrar la esencia del dolo en un posicionamiento interno frente a la realización del tipo...»; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 90, para quien la tesis de FRISCH no ha cambiado nada, por cuanto, en su opinión, a través del criterio de la «toma de posición personal del autor» dicho autor acaba reconduciendo el elemento volitivo del dolo al elemento cognitivo; en la doctrina alemana, entre otros, ESER/BURKHARDT, *Derecho penal...*, p. 168, quienes apuntan como el «conocimiento cualificado» («partir para sí») exigido por FRISCH no es más que un «equivalente funcional» del elemento volitivo requerido por otras teorías; HERZBERG, JZ 1988, p. 636; PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», ZStW (103) 1991, pp. 9 ss.; ROXIN, *Derecho penal...*, p. 440, para quien el planteamiento de FRISCH, en realidad, no difiere de la posición tradicional, por cuanto, acaba incluyendo la voluntad en el elemento cognoscitivo.

(78) En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, p. 136; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1995, p. 433 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 95 y 173 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 58 y 89 ss., con ulteriores referencias bibliográficas. Sin embargo, como expondré a continuación, esta conclusión, únicamente, resulta «lógica» para aquellos autores, entre los cuales no se encuentra FRISCH, que defienden la autonomía del elemento volitivo en la definición del dolo, la inclusión del resultado como elemento a abarcar por el conocimiento del sujeto y la configuración de los «delitos de peligro» como un mero adelantamiento de la línea de protección de los bienes jurídico-penales individuales (vida e integridad física).

(79) Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 168 ss. A juicio de este autor, en el primer grupo de casos, aunque, en la práctica la solución parece inaceptable, una aplicación coherente de los postulados cognoscivistas conduce a la imputación del hecho a título imprudente, en la medida en que el sujeto no se ha representado el riesgo que conllevaba su conducta. Por otra parte, en el segundo grupo de supuestos, aunque la imposición de la pena propia del tipo doloso resulta excesiva, a su juicio, una aplicación consecuente de las teorías cognitivas conduce a la imputación del hecho a título doloso, por cuanto el sujeto se ha representado el riesgo que para el

IV

1. Como habrá podido deducirse a lo largo de la exposición de las diferentes posturas existentes en relación a la delimitación entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente), me he adherido a la posición de aquellos autores que rechazan la autonomía del elemento volitivo en la definición general de dolo y construyen la imputación a título doloso e imprudente, en atención, respectivamente, al conocimiento o desconocimiento que el sujeto posee acerca del peligro que comporta su conducta para con el bien jurídico-penalmente protegido. A mi juicio, son varios los argumentos que fundamentan una definición del dolo en términos cognoscitivos y no voluntativos.

1.1. En primer lugar, si bien en nuestro CP no se ha incluido, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos (80), una definición legal del dolo, si encontramos, por el contrario, en la regulación del error de tipo vencible (art. 14.1 CP), un argumento de Derecho positivo sobre el que puede sustentarse la configuración intelectual del dolo aquí defendida. En efecto, del citado precepto se infiere que únicamente pueden imputarse a título doloso aquellos hechos típicos abarcados por el conocimiento del sujeto. Lo cual, *a sensu contrario*, significa que en los supuestos en que el sujeto yerra en relación a alguno de los diferentes elementos que configuran la infracción penal en cuestión el hecho sólo puede ser imputado a título imprudente (81). El hecho de que nuestro CP no haga referencia alguna al elemento volitivo nos «obliga», cuanto menos, a cuestionarnos hasta qué punto resulta acertado fijar las fronteras entre el dolo y la imprudencia en base al mismo (82).

bien jurídico-penalmente protegido comportaba su conducta, privilegiando, de esta forma, a los autores optimistas o irracionales en detrimento de los pesimistas o escrupulosos.

(80) Así en el CP italiano se ha previsto expresamente una definición del dolo y de la imprudencia en su art. 43 cuyo tenor es el siguiente «*Il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione... è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o impericia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*».

(81) En este sentido, se han pronunciado en nuestra doctrina, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1996, p. 303; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 278; LAURENZO COPELLO, RPCP (11-12) 2002, p. 323; la misma, *Dolo...*, pp. 15 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 28 ss.

(82) Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 278-279. De otra opinión, LAURENZO COPELLO, RPCP (11-12) 2002, p. 323, quien matiza que este argumento de

1.2. En segundo lugar, pese a que el elemento volitivo no juega papel alguno en la configuración del llamado dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, la doctrina se muestra unánime a la hora de calificar dichos supuestos como dolosos. Lo cual me suscita la siguiente reflexión: resulta del todo punto incoherente sostener que la voluntad constituye un elemento autónomo en la definición de dolo cuando se constata que una de sus formas, el dolo de segundo grado, se configura, única y exclusivamente, en base al conocimiento que el sujeto tiene sobre el riesgo que conlleva su conducta para la indemnidad del bien jurídico-penal protegido. En efecto, si bien los defensores de la definición clásica del dolo intentan salvar dicho obstáculo presumiendo que quien emprende una conducta con el pleno conocimiento de que conducirá, necesariamente, a la realización del tipo, «quiere», o cuanto menos «acepta» su concurrencia, no pueden superar el hecho incontestable de que, en puridad, el sujeto ni lo «quiere» ni lo «acepta».

1.3. En tercer lugar, considero, «contradictorio» que en el plano teórico se defienda la autonomía del elemento volitivo en la definición general del dolo, cuando en la práctica jurisprudencial diaria, no se le dota de contenido alguno y se infiere directamente del conocimiento que sobre el riesgo típico tiene el sujeto (83). Ciertamente, la imputación subjetiva constituye uno de los ámbitos de la teoría del delito en el que se percibe con mayor claridad el «divorcio» existente entre la dogmática y la práctica (84), en la medida en que las teorías del dolo

Derecho positivo no constituye un límite infranqueable para aquellos autores que sostienen que la «voluntad» constituye el criterio determinante en la delimitación entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente).

(83) Sin embargo, a mi juicio, este proceder de la jurisprudencia resulta, en cierta manera, «lógico», por cuanto la «voluntad» no se puede probar en el proceso penal, excepto en aquellos supuestos, por otra parte muy poco frecuentes, en los que el sujeto confiesa que realmente conocía y quería la realización del tipo. Aseveración esta última que ha de ser necesariamente matizada, por cuanto si bien, históricamente, se ha afirmado que la confesión constituye la única prueba directa para determinar la voluntad que tenía el sujeto en el momento de emprender la acción típica, en la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha restado eficacia jurídico-penal a dicha confesión, argumentando que constituye un indicio más que es preciso probar en el proceso a fin de determinar la culpabilidad del sujeto. Para un análisis más detallado del papel que ocupó y ocupa la confesión del acusado en la determinación de los elementos subjetivos del delito, *Vid.*, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, pp. 232 ss., en el que pueden encontrarse numerosas referencias doctrinales y jurisprudenciales.

(84) En mi opinión, la dogmática no debe dar la espalda a la práctica, entre otras cosas, porque la razón que justifica su existencia es, precisamente, la posibilidad de aportar soluciones teóricas a los problemas que se suscitan en la realidad diaria. Lo contrario convierte a la dogmática en un puro ejercicio de estilismo carente de valor alguno. En este sentido, la doctrina científica ha puesto de relieve, con carácter general, tanto la necesidad de que las construcciones dogmáticas se orienten a la solución

elaboradas por la doctrina científica no pueden ser aplicadas por nuestra jurisprudencia, y cuando se aplican, en muchas ocasiones, son «manipuladas» con el fin de acomodarlas al supuesto de hecho enjuiciado, y consiguientemente, se acaban desnaturalizando (85). En este sentido, resulta paradigmática la aplicación que, de la teoría del consentimiento, han realizado nuestros Jueces y Tribunales, quienes, ante la imposibilidad de probar el elemento volitivo y sus sucedáneos («aceptar», «resignarse»...), lo han acabado infiriendo del elemento cognoscitivo (86). En definitiva, me parece más coherente sostener un concepto cognitivo cuya realidad puede verificarse en el proceso penal, que una caracterización volitiva del mismo cuya constatación en el proceso resulta del todo punto imposible.

2. Dicho esto, cabe preguntarse entonces qué papel ocupa la «voluntad» en la definición general de dolo. Pues bien, en mi opinión, la voluntad no constituye, tal y como sostiene la doctrina mayoritaria, un elemento constitutivo de la definición general de dolo, sino que, en la línea apuntada por un importante sector doctrinal, constituye un elemento de la acción, común, por tanto, a los delitos dolosos y a los imprudentes (87). Es por ello que, a mi juicio, la distinción entre las categorías del

de los problemas prácticos, como la estrecha relación existente entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal, entre otros, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994, p. 112; MAIER, «Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal», DP 1978, pp. 304 ss.; MIR PUIG, «Dogmática creadora y Política criminal», en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1994, p. 25; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 193 ss. En contra, se han pronunciado, entre otros, GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, (vol. I) Valencia, 1997, pp. 71 ss.; MORSELLI, ADPCP 1991, p. 900, quienes consideran que las cuestiones prácticas no tienen por qué incidir en la configuración teórica de los conceptos.

(85) En efecto, como muy acertadamente ha apuntado RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 202, resulta imposible valorar la dimensión que debe otorgarse a un concepto de dolo determinado si no se toma en consideración, con carácter previo, el modo en que se aplica en la realidad práctica.

(86) Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...*, p. 202 ss., cuestión ésta que ya fue apuntada por CORCOY BIDASOLO en la que constituyó su tesis doctoral, *El delito imprudente...*, pp. 264 y 278 ss., donde constató como ante la imposibilidad de probar en el proceso penal dicho elemento volitivo, la jurisprudencia se decantaba por la utilización de criterios que nada tienen que ver con dicho elemento.

(87) En este sentido, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1985, p. 545; el mismo, *Aproximación...*, p. 401; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 266; la misma, ADPCP 1996, p. 303; LA MISMA, *Delitos de peligro...*, p. 115; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 310; ÍÑIGO CORROZA, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona, 2001, p. 189, nota 483, quien se adhiere expresamente al planteamiento esgrimido por su maestro el profesor SILVA SÁNCHEZ.

dolo (eventual) y la imprudencia (consciente) no debe construirse sobre la base del elemento volitivo, sino, como ya he apuntado, en atención al conocimiento o desconocimiento que en el supuesto de hecho concreto tenía el sujeto en relación al riesgo típico creado o no controlado.

3. En efecto, mientras que en los comportamientos dolosos el sujeto posee un conocimiento «exacto» del peligro que supone su conducta para con el bien jurídico-penal protegido, en los comportamientos imprudentes el sujeto desconoce el verdadero y efectivo alcance del riesgo creado o no controlado con su conducta, configurándose de esta forma como un supuesto de error de tipo. Este mayor conocimiento justifica, precisamente, la imposición a los comportamientos dolosos de una pena más elevada a la prevista para los imprudentes, no sólo porque suponen una mayor peligrosidad para con los bienes jurídico-penales protegidos, sino, especialmente, porque constituyen una negación directa de la norma y su reestablecimiento exige una respuesta más contundente por parte del ordenamiento jurídico (88).

4. La asunción de un concepto puramente cognoscitivo del dolo, como el aquí defendido, no conlleva, necesariamente, una ampliación del ámbito del tipo doloso en detrimento del tipo imprudente, tal y como sostienen algunos autores en nuestra doctrina (89), por cuanto dicha conclusión parte de una premisa incorrecta: la identificación del elemento cognoscitivo como conocimiento de la posible producción de un resultado lesivo. En efecto, podría sostenerse que la negación del elemento volitivo trae consigo una expansión del dolo eventual a expensas de la imprudencia consciente, y consiguientemente, la desaparición de ésta última, siempre y cuando se partiera de la premisa de que en ambos casos el nivel de conocimiento exigido coincide.

5. Sin embargo, tal y como ya he expuesto, ello no es así, desde el momento en que la distinción entre los comportamientos dolosos e imprudentes, y por tanto, su diferente penalidad, se construye, respec-

(88) Ciertamente, de entre los diversos argumentos utilizados por la doctrina para fundamentar la mayor penalidad de los comportamientos dolosos con respecto a los imprudentes (identificación de la sociedad con los autores imprudentes; mayor control del riesgo por parte del autor doloso y, consiguientemente, mayores posibilidades de evitación del resultado típico; el comportamiento doloso en tanto expresión de una decisión en contra del bien jurídico; mayor peligrosidad de los comportamientos dolosos para con los bienes jurídico-penales protegidos), adquieren una especial importancia el criterio de aquellos autores que vinculan la imposición de una pena mayor a los comportamientos dolosos con las necesidades preventivo generales de la sociedad, por cuanto en ellos, en mi opinión, se pone de relieve la distinta trascendencia que posee el conocimiento del sujeto en la fundamentación del dolo.

(89) En este sentido, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 107 ss.; MAQUEDA ABREU, ADPCP 1995, p. 433; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 58.

tivamente, en atención al desigual conocimiento que tiene el sujeto sobre el riesgo que ha creado o no controlado con su conducta: mientras que en los primeros el sujeto tiene un conocimiento exacto y preciso del peligro que comporta su conducta, en los segundos, pese a que el sujeto conoce, en general, el riesgo que está creando, el error en el que incurre no le permite valorar en toda su extensión el alcance concreto del mismo (90). La caracterización de la imprudencia como un supuesto de error de tipo no sólo nos permite fijar las fronteras entre el dolo y la imprudencia, sino que, con respecto a ésta última, permite garantizar un espacio propio tanto a la imprudencia consciente como a la inconsciente (91).

6. Ahora bien, ¿cuándo puede afirmarse que el sujeto tiene un conocimiento exacto, esto es, concreto, del riesgo creado o no controlado con su conducta, y consiguientemente, se le puede imputar el resultado típico a título doloso? En este punto, de entre todos los indicadores o criterios barajados por la doctrina y la jurisprudencia para verificar la concurrencia del elemento cognoscitivo [la llamada *poena naturalis* (92), el sector en el que se enmarca la conducta (93), la proximidad y/o intensidad del ries-

(90) En parecidos términos, se pronuncian, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 267 ss., quien ya en su tesis doctoral apuntó que el contenido del elemento cognoscitivo es distinto en los tipos dolosos y los imprudentes; LA MISMA, ADPCP 1996, pp. 303 ss.; KINDHÄUSER, ZStW (96) 1984, pp. 34 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, pp. 287 ss.; LA MISMA, RPCP (11-12) 2002, pp. 334 ss.; PAREDES CASTAÑÓN/DÍAZ y GARCÍA/DE VICENTE REMESAL, RDPC (8) 2001, pp. 337 y 341, quienes si bien, teóricamente, no rechazan la presencia del elemento volitivo en la definición general de dolo, en la práctica, construyen la delimitación entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente) a partir de elemento cognoscitivo.

(91) En la imprudencia inconsciente el error en el que incurre es tal que no le permite, ni tan siquiera, tomar conciencia del riesgo que está creando o no controlando con su conducta.

(92) Se afirma que en los supuestos en que el propio sujeto que crea el riesgo sufre en su persona las consecuencias del mismo se presume que no ha actuado dolosamente. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 174, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 358 ss., quien le otorga una especial fiabilidad a la *poena naturalis* pese a no constituir el indicador definitivo en todos los casos; ZUGALDÍA ESPINAR, ADPCP 1986, p. 408, quien destaca cómo en algunas resoluciones dictadas en relación a las muertes y/o lesiones acontecidas en el tráfico viario, si bien no se dice expresamente, se descarta su imputación a título doloso (eventual) aplicando, precisamente, el criterio de la *poena naturalis*.

(93) En la práctica, el sector en el que se enmarca la conducta constituye uno de los criterios utilizados por la jurisprudencia para determinar la concurrencia de dolo o imprudencia. Así, por ejemplo, aquellos ámbitos en los que existe una cierta habituación a los riesgos, como sucede en el tráfico viario, el trabajo o la medicina, la jurisprudencia se muestra reacia a imputar las muertes y/o lesiones a título doloso. Por el contrario, cuando dichos resultados tienen lugar en el marco de actividades delictivas

go (94) o la personalidad y/o antecedentes del imputado (95)], adquieren un especial protagonismo, en mi opinión, los criterios del control del riesgo y las posibilidades de autoprotección de la víctima (96).

7. Ciertamente, en aquellos supuestos en que el sujeto mantiene un control directo sobre el riesgo o adopta las medidas necesarias para que la víctima lo domine es posible que el sujeto incurra en un error que excluya la imputación del resultado típico a título doloso. Por el contrario, en los casos en que el sujeto no domina directamente el riesgo o no ha interpuesto medida alguna que permita su control por la víctima es más difícil que el primero incurra en un error, y por tanto, se le impute el hecho típico a título imprudente (97). Y ello es así, pre-

(tráfico de drogas, robos..) no tiene ningún reparo en imputarlos a título doloso. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1985, p. 964; la misma, *El delito imprudente...*, p. 281; la misma, ADPCP 1996, p. 305, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 315; HAVA GARCÍA, *La imprudencia...*, pp. 65 ss.; MIR PUIG, «Conocimiento...», p. 32; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos...*, p. 60, nota 124; ZUGALDÍA ESPINAR, ADPCP 1986, p. 407.

(94) Resulta evidente que en aquellos supuestos en que existe una inminencia de la lesión y/o estamos ante un riesgo especialmente intenso las posibilidades de que el sujeto alegue que no era consciente del riesgo que estaba creando con su conducta son muy inferiores, y por consiguiente, también la posibilidad de que se le impute el hecho típico a título imprudente. A tales efectos, resulta paradigmática la jurisprudencia vertida en relación a la distinción entre el *animus necandi* y el *animus laedendi* a los efectos de calificar los hechos, respectivamente, como constitutivos de una tentativa de homicidio o un delito de lesiones dolosas consumadas, en los que se constata como uno de los criterios para determinar la concurrencia de dolo de matar es precisamente, la intensidad y el número de golpes realizados. En este sentido, apunta FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 362, que mientras que quien golpea dos veces a otra persona en el transcurso de una pelea puede alegar que no se representó la posibilidad de que su oponente muriera, no sucede lo mismo con aquél que golpea sucesivamente en el abdomen a alguien que se encuentra tendido en el suelo; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 62, quien niega toda eficacia a la confianza del sujeto en aquellos supuestos en que estamos ante un riesgo especialmente importante y/o ante un riesgo no controlado por el sujeto que lo genera.

(95) Este criterio resulta especialmente rechazable, por cuanto constituye una manifestación del denostado Derecho penal de autor. Pese a ello, hasta tiempos recientes, era utilizado por el TS en la determinación de la imputación subjetiva, olvidando, de esta forma, que el Derecho penal no debe incriminar y castigar personalidades sino aquellos hechos que lesionan los bienes jurídico-penales más valorados por la sociedad. En este sentido, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, p. 364; GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP 1990, p. 428; ZUGALDÍA ESPINAR, ADPCP 1986, pp. 421 ss.

(96) Criterio éste último que, como expondré a continuación, ocupa un lugar preeminente en el ámbito de la protección penal de la seguridad en el trabajo.

(97) En este sentido, tanto la doctrina española como alemana coinciden al destacar la importancia de ambos criterios en la determinación del dolo, entre otros, respectivamente, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1985, pp. 970 ss.; la misma, *El delito imprudente...*, pp. 173 y 282 ss.; la misma, ADPCP 1996, p. 304 ss.; DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 315 ss.;

cisamente, porque el dominio del riesgo y la interposición de dichas medidas por parte del sujeto pueden llevarle a sobrevalorar su propia capacidad y la de la víctima para controlarlo y, consiguientemente, a desconocer el efectivo alcance del peligro creado con su conducta. Lo cual, en última instancia, impide o, cuanto menos, dificulta la imputación del hecho típico a título doloso (98).

En este sentido, resultan paradigmáticos los supuestos de contagio del SIDA mediante la práctica de relaciones sexuales sin la utilización de preservativo. Ciertamente, el sujeto que, conociendo su enfermedad, mantiene contactos sexuales con otras personas sin informarles de la misma y sin tomar ningún tipo de precaución (concretamente la utilización de preservativo) en modo alguno puede alegar que desconocía el concreto peligro que comportaba su conducta para la salud individual e, incluso, la vida del sujeto y eludir así, respectivamente, la imputación de un delito de lesiones o de homicidio en grado de tentativa (99). Y ello en base a las siguientes razones:

En primer lugar, porque el sujeto, pese a saber que era seropositivo, no adoptó la única medida que habría evitado, en un alto porcentaje, el riesgo de contagio del VIH: la utilización del preservativo en el desarrollo de la relación sexual. En efecto, el hecho de que en tales circunstancias el sujeto esperara o deseara que no tuviera lugar dicho contagio carece de relevancia jurídico-penal, por cuanto la valoración acerca de la posibilidad real de controlar el riesgo creado

FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 362 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, ADPCP 1986, p. 419; HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des Objektiven Tatbestandes», JuS, 1986, pp. 254 ss.; el mismo, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten», JZ, 1988, pp. 635 ss.; KINDHÄUSER, ZStW (96) 1984, pp. 26 ss.; PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», ZStW (103) 1991, p. 33; ROXIN, *Derecho penal...*, p. 437, quien estima que el criterio de la puesta en práctica de una voluntad de evitación constituye uno de los indicios, si bien no el único, sobre los que puede delimitarse la imputación del hecho típico a título doloso (eventual) o imprudente (consistente).

(98) No me sorprende la importancia que la doctrina ha dado al criterio del control del riesgo y/o la adopción de medidas a fin de evitarlo en la determinación del elemento cognoscitivo, por cuanto no en vano constituyen los indicadores más fácilmente verificables en la práctica.

(99) En aquellos supuestos en que se transmite el virus y se desarrolla, de forma efectiva, la enfermedad del SIDA los hechos pueden ser constitutivos de un delito de lesiones dolosas consumadas, por cuanto se producirá una afectación de la salud individual del sujeto. Por su parte resulta evidente que el desarrollo de la enfermedad como consecuencia de este contacto sexual «desprotegido», esto es, sin preservativo, actualmente puede causar la muerte de la persona que la padece, lo cual de probarse la relación de causalidad y la relación de riesgo (lo cual no siempre resultará fácil, especialmente en los casos en que la víctima ha mantenido coetáneamente relaciones íntimas con otras personas) podría determinar la imputación de un delito de homicidio doloso (eventual). Sin embargo, en la práctica lo que sucederá es que en el momento de su enjuiciamiento posiblemente la persona todavía no haya muerto, de tal forma, que únicamente podrán calificarse los hechos como constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa.

o la idoneidad de las medidas de protección adoptadas no depende de la opinión del sujeto sino que incumbe al Derecho (100).

En segundo lugar, e íntimamente relacionado con lo anterior, porque la víctima carecía de los medios necesarios, en este caso, la información precisa para autoprotegerse frente a dicho riesgo de contagio. Al no informar, con carácter previo, de la enfermedad que padecía a la persona con la que quería mantener el contacto sexual, esta última no pudo adoptar, de forma unilateral, la única medida que hubiera garantizado un contacto sexual «seguro» (la utilización del preservativo). Y, lo que resulta más importante, no pudo asumir, libre y voluntariamente, las posibles consecuencias que para con su salud, e incluso, su vida comportaba el mantenimiento de una relación sexual en tales circunstancias (101).

8. Ahora bien, el hecho de que se tome en consideración el conocimiento que del riesgo posee el sujeto no significa que sea él quien evalúe subjetivamente las posibilidades reales que en el caso concreto tiene de controlar el riesgo o la idoneidad de las medidas adoptadas para garantizar su control por la propia víctima sino que, como ya he apuntado, dicha evaluación ha de objetivizarse o normativizarse, de tal forma que sea el propio ordenamiento jurídico-penal el que valore en el supuesto de hecho en cuestión si el sujeto dominaba efectivamente el riesgo o si las medidas interpuestas aseguraban una autoprotección eficaz de la víctima frente al mismo.

En mi opinión, la concreción del elemento cognoscitivo en el dolo no puede condicionarse a lo que «pase por la cabeza» del sujeto en el momento en que crea el riesgo o tiene la obligación de controlarlo, porque de ser así, por ejemplo, en

(100) En este sentido, se pronuncian, con carácter general, tanto los autores que defienden una concepción cognoscitiva del dolo, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP 1996, pp. 304 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 281 ss.; LAURENZO COPELLO, *Dolo...*, p. 291 ss.; SILVA SÁNCHEZ, ADPCP 1987, p. 652, nota 22; como los autores que siguen defendiendo la presencia autónoma del elemento volitivo en la definición general de dolo, entre otros, DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 312 ss.; LUZÓN PEÑA, *Curso...*, pp. 426 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 62 ss.; la misma, «El delito de peligro...», pp. 214 ss.

(101) En este sentido, han destacado la importancia que adquiere la asunción de medidas de protección por parte de la propia víctima en la determinación del dolo, entre otros, HERZBERG, JuS, 1986, pp. 254 ss., quien toma en consideración la propia capacidad de la víctima para evitar el riesgo y el control del riesgo por parte del sujeto que lo crea a fin de determinar la concurrencia de un «riesgo cubierto» y, por consiguiente, no imputable a título doloso; SCHROTH, «Die Differenz von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit», JuS, 1992, pp. 7 ss.; el mismo, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Frankfurt, 1994, pp. 119 ss., quien excluye la concurrencia del dolo en aquellos supuestos en que el sujeto confiaba seriamente en que la víctima o un tercero evitará el resultado lesivo. En contra de este último se ha pronunciado en nuestra doctrina DÍAZ PITA, *El dolo...*, pp. 316 ss., quien considera que en modo alguno pueden equipararse, desde un punto de vista normativo, los supuestos en que el sujeto adopta las medidas para evitar el resultado a los casos en que dichas medidas son interpuestas por un tercero o por la propia víctima.

los casos de contagio del SIDA, la persona que transmite dicha enfermedad al mantener contactos sexuales sin preservativo, siempre podría aducir en favor de su imputación a título imprudente: a) que desconocía el peligro que para la vida y/o salud individual de la otra persona comportaba dicha práctica sexual; b) que confiaba que en su caso nada sucedería porque siempre ha sido una persona con suerte o que su vidente se lo ha asegurado en la última de sus consultas; c) o que la «víctima» podría haber sugerido la posibilidad de utilizarlo y si no lo hizo es porque, de alguna manera, asumía las posibles consecuencias negativas que ello podría comportar para su salud individual, e incluso, su vida.

9. Y ello es así, porque el conocimiento relevante a los efectos de la imputación a título doloso no depende, como sostenían los partidarios de la teoría de la probabilidad, exclusivamente del hecho de que el sujeto advierta un determinado grado de probabilidad de que se produzca el resultado (102), sino que depende, fundamentalmente, de la naturaleza objetiva del riesgo creado o no controlado (103). Ciertamente, no es suficiente con que el sujeto se represente en un determinado porcentaje la posibilidad o probabilidad de que se produzca el resultado típico o cualquier clase de peligro, sino que su conocimiento debe tomar como punto de referencia todos y cada uno de los diferentes elementos que configuran el tipo objetivo en cuestión (104). De tal forma que cuánto más delimitada

(102) Si bien es cierto que los defensores de la teoría de la probabilidad pusieron de relieve la superficialidad del elemento volitivo, no es menos cierto que la solución que adoptaron para fijar las fronteras entre el dolo (eventual) y la imprudencia (consciente), resulta a todas luces demasiado «sencilla». En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP, 1996, pp. 306 ss.; FELIÓ SÁNCHEZ, CPC (65) 1998, pp. 328 ss.

(103) En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, ADPCP, 1996, pp. 306 ss., quien apunta como, junto al conocimiento del grado de producción del resultado, es necesario tomar en consideración otros factores como son: el valor del bien jurídico-penal protegido, la gravedad objetiva del riesgo y la utilidad social de la actividad en la cual se enmarca la conducta; FELIÓ SÁNCHEZ, CPC (65), 1998, p. 329, para quien únicamente una adecuada delimitación previa del alcance del tipo en cuestión permite la imputación del hecho típico a título doloso; JAKOBS, *Derecho penal...*, pp. 333 ss., quien considera que en la valoración acerca de la relevancia jurídico-penal del conocimiento adquiere un especial protagonismo «... la importancia del bien afectado y la intensidad del riesgo»; SANCINETTI, *Teoría...*, p. 201, quien concluye «*El verdadero problema del dolo eventual es, pues, un problema del "tipo objetivo", y no del "tipo subjetivo", porque todo depende de si esa determinada acción está alcanzada por la norma del delito doloso, desde el punto de vista objetivo*».

(104) Cfr. FELIÓ SÁNCHEZ, CPC (65), 1998, pp. 324 ss. Sin embargo, a diferencia de este último autor, (pp. 303 ss., en particular nota 78 *in fine*), considero que entre dichos elementos no debe incluirse el resultado, por cuanto el dolo únicamente ha de abarcar la conducta típica, esto es, la creación *ex ante* de un riesgo típicamente relevante para lesionar el bien jurídico-penal protegido. En este sentido, entre otros, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, (2.ª ed), Barcelona, 1982, pp. 74 ss., en particular nota 103; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*,

está la conducta típica resultará más fácil prescindir de la voluntad como elemento autónomo en la definición general del dolo (105).

10. Ello explica, entre otras cosas, por qué, pese a que algunos autores, programáticamente, siguen defendiendo la autonomía del elemento volitivo en la definición general del dolo, prescinden progresivamente del mismo, cuándo analizan el tipo subjetivo en los llamados «delitos de peligro» (106). En este sentido, resulta paradigmática, en nuestra doctrina, la postura mantenida por Rodríguez Montañés, quien si bien propugna la necesidad de mantener la voluntad como elemento autónomo en la imputación del hecho típico a título doloso (107), otorga a la misma un papel testimonial en la delimitación del tipo subjetivo en los delitos de peligro concreto (108) y omite toda mención a la voluntad cuando acomete el análisis del tipo subjetivo en los delitos de peligro abstracto (109).

11. Ahora bien, ¿por qué defiende un concepto puramente cognoscitivo del dolo cuando analiza el tipo subjetivo en los denominados «delitos de peligro»? La respuesta, a mi juicio, resulta evidente porque, como la propia autora señala, dichos ilícitos inciden en sectores dónde la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada permiten una tipificación más exhaustiva de la norma de cuidado. O en otras palabras, porque inciden en ámbitos de actividad fuertemente reglados en los que la experiencia nos confirma que estamos ante conduc-

pp. 267 ss.; la misma, ADPCP 1996, pp. 305 ss.; la misma, *Delitos de peligro...*, pp. 116 ss.; FRISCH, *Vorsatz...*, pp. 57 ss. y 95 ss.; SILVA SÁNCHEZ, ««Aberratio ictus» e imputación objetiva», ADPCP, 1984, pp. 367 ss.; EL MISMO, *Aproximación...*, p. 401.

(105) En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65), 1998, p. 327, para quien ello explica por qué resulta más evidente la innecesariedad del elemento volitivo en los delitos de mera actividad.

(106) En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, CPC (65), 1998, p. 327, en particular nota 124 *in fine*, quien considera que RODRÍGUEZ MONTAÑÉS resuelve a través del elemento volitivo cuestiones que no atañen al tipo subjetivo, sino al tipo objetivo.

(107) Dicha autora se muestra abiertamente contraria con los planteamientos de aquellos autores que construyen la definición de dolo en términos puramente cognoscitivistas y rechazan la presencia del elemento volitivo en la definición general del dolo. En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 58 ss.; la misma, «El delito de peligro...», pp. 206 ss.

(108) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 168, quien concluye «... para afirmar el dolo de peligro basta con que el sujeto decida seguir actuando, pese a la representación del peligro concreto. Ello no significa que se prescinda del elemento volitivo, sino tan sólo que su mínimo exigible viene implícito en la actuación pese a la representación, lo cual puede ser de gran utilidad práctica, sobre todo a efectos probatorios».

(109) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 312, quien sostiene «... Para la comisión dolosa es preciso, por tanto, que el autor sea consciente de la aptitud lesiva de su conducta en los términos descritos en la ley... y para la comisión imprudente, que no lo sea pero hubiera debido y podido serlo...».

tas potencialmente «lesivas» para con los bienes jurídico-penales más valorados por la colectividad (110).

12. Precisamente, esta mayor concreción del riesgo típico objetivo propia de los «delitos de peligro» fundamentaría la asunción de un concepto puramente cognoscitivo de dolo y, en consecuencia, la negación de la voluntad como un elemento autónomo en la definición general del mismo, y explicaría, igualmente, por qué en el marco de los «delitos de peligro» la doctrina se plantea la posible identificación entre las figuras del «dolo eventual de lesión», la imprudencia consciente y el denominado «dolo de peligro» (111). Cuestión que guarda un cierto paralelismo con el rechazo jurisprudencial a admitir el error de prohibición y/o de tipo frente a conductas llevadas a cabo por «profesionales» como, por ejemplo, los técnicos en prevención de riesgos laborales en el ámbito de la seguridad en el trabajo.

V

1. Partiendo de la premisa de que tanto en el «dolo de peligro» como en el «dolo eventual de lesión» el sujeto ha de tomar conciencia del peligro que comporta su conducta para con el bien jurídico-penal protegido, la doctrina se plantea si acaso no estamos ante dos conceptos idénticos (112). Al respecto, entiendo, en la línea apuntada por CORCOY BIDASOLO, que nos encontramos ante dos conceptos distintos en aquellos supuestos en que el conocimiento que tiene el sujeto también lo es, lo cual sucederá en los casos en que el sujeto mantiene el peligro dentro de su ámbito de dominio o ha interpuesto las medidas necesarias para que sea controlado por la propia víctima. Por el contrario, en los supuestos en que dicho peligro se encuentra

(110) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 134 ss.

(111) La expresión «dolo de peligro» únicamente cobra sentido en relación a los denominados «delitos de peligro concreto», por cuanto, como ha puesto de relieve CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 115, 144 ss. y 295 ss., en dichos ilícitos, junto a la lesión del bien jurídico-penal supraindividual (p.e seguridad en el tráfico, seguridad en el trabajo...), es necesario además que se ponga en peligro concreto determinados bienes jurídico-penales individuales (vida, integridad física y salud). En efecto, en los «delitos de peligro concreto», a diferencia de los «delitos de peligro abstracto», concurren dos tipos, un tipo de lesión de un bien jurídico-penal supraindividual y un tipo de tentativa expresamente tipificada de lesión de un bien jurídico-penal individual, en el que se suscita la polémica relativa a la posible identidad entre los conceptos del «dolo de peligro», el «dolo eventual de lesión» y la imprudencia consciente.

(112) Sobre dicha cuestión *Vid.*, la excelente monografía realizada por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, pp. 48 ss. y 103 ss., donde dicha autora realiza, respectivamente, un exhaustivo análisis de las diferentes posiciones mantenidas, especialmente en la doctrina alemana, en relación a la identidad entre el «dolo de peligro» y el «dolo eventual de lesión» y la imprudencia consciente.

fuera de su control o no ha adoptado medida alguna tendente a garantizar la autoprotección de la víctima los citados conceptos se aproximan muchísimo (113).

2. En efecto, en los supuestos en que el sujeto controla el riesgo o adopta las medidas necesarias para que sea la víctima la que se proteja frente al mismo, el «propio» dominio que el sujeto ejerce sobre el peligro puede conducirle a valorar erróneamente que no está poniendo en peligro concreto el bien jurídico-penal de naturaleza individual (vida, integridad física o salud de la persona), de la misma forma que en la imprudencia consciente el sujeto tiene un conocimiento genérico del riesgo que supone su conducta pero desconoce, debido al control que ejerce sobre el mismo, la idoneidad lesiva concreta que dicho riesgo conlleva para con el resultado de lesión (identificación «dolo de peligro» e imprudencia consciente).

3. Por contra, en los supuestos en que no controla el riesgo o no ha interpuesto medida alguna para que la propia víctima lo domine, ya no puede «confiar racionalmente» en que el resultado no se producirá y, por consiguiente, en caso de que éste finalmente no se produzca, se suscita la cuestión de la posible concurrencia de un concurso de leyes entre el delito de peligro concreto y la tentativa de homicidio y/o lesiones con dolo eventual (114), cuya solución a favor de la segunda está condicionada a la admisión o no de la punición de la tentativa con dolo eventual (115).

4. Y es en este contexto en que cabe enmarcar la problemática relativa a la determinación del dolo en el delito contra la seguridad en

(113) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 296 ss., quien señala en relación al delito de «fraude alimentario», esto es, la llamada responsabilidad penal por el producto, que en aquellos supuestos en que se constate que el fabricante, comerciante o distribuidor tienen conocimiento de la exacta eficacia nociva del producto que están introduciendo en el mercado, en el instante en el que pierden el control sobre el mismo, «*existirá un dolo eventual de lesión por cuanto sólo "pueden confiar" en el azar para evitar la lesión de la salud de quien utilice el producto...*».

(114) Siempre y cuando, tal y como ha puesto de relieve CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 301 ss., el sujeto tenga un conocimiento exacto de la idoneidad de su conducta para lesionar dichos bienes jurídico-penales individuales y el riesgo creado o no controlado sea especialmente elevado.

(115) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 145 ss. y 297 ss., lo cual significa, tal y como señala dicha autora, que «... *el dolo de lesión comprende el dolo de peligro*». Sobre la cuestión relativa a la posibilidad de castigar la tentativa con dolo eventual pueden consultarse, entre otros, en nuestra doctrina los trabajos de FARRÉ TREPAT, «Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución», ADPCP, 1986, pp. 257 ss.; la misma, *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*, Barcelona 1986, pp. 77 ss.; TAMARIT SUMALLA, ADPCP, 1992, pp. 515 ss., donde se pueden encontrar numerosas referencias a la doctrina alemana.

el trabajo, por cuanto también se configura como un delito de peligro concreto, en el que junto a la lesión del jurídico-penal supraindividual «seguridad y confianza en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles permitidos», es necesario poner en peligro concreto alguno de los bienes jurídico-penales individuales protegidos, esto es, la vida, la integridad física o la salud de los trabajadores (116). De tal forma que, en mi opinión, concurrirá un delito contra la seguridad en el trabajo doloso en aquellos supuestos en que el sujeto conoce que no ha facilitado los medios de protección necesarios a sus trabajadores y que recae sobre él la obligación de hacerlo (lesión de la seguridad en el trabajo) y, además sabe que, como consecuencia de dicho incumplimiento está poniendo en peligro concreto la vida, integridad física o salud de sus trabajadores (tentativa imprudente de lesión).

5. En mi opinión, la prueba del dolo no plantea excesivos problemas en relación a la lesión del bien jurídico-penal supraindividual «seguridad en el trabajo», por cuanto se parte de la premisa de que todo aquel que tiene trabajadores bajo su dirección y subordinación ha de saber, por sí mismo, o con la ayuda de los trabajadores designados al efecto o de los técnicos que integran el servicios de prevención propio o ajeno, los medios de protección que ha de facilitar a sus trabajadores a fin de garantizar su seguridad y confianza en el desarrollo de su prestación laboral. De tal forma que en los supuestos en que el «empresario» carece, personalmente, de los conocimientos precisos para controlar los diferentes riesgos laborales que se ciernen sobre sus trabajadores, o bien no dispone los recursos necesarios para que dicha tarea sea asumida por quienes, efectivamente, poseen los conocimien-

(116) En efecto, como muy acertadamente ha puesto de relieve en nuestra doctrina CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 115, 145 y 295, en el ámbito de los «delitos de peligro» debe diferenciarse el dolo con respecto a los «delitos de peligro en general», esto es, los delitos en los que se protegen, únicamente, bienes jurídico-penales supraindividuales, del «dolo de peligro», por cuanto éste último sólo tiene sentido en relación a los «delitos de peligro concreto», en los que junto a la lesión del bien jurídico-supraindividual protegido (seguridad en el tráfico, seguridad en el consumo, seguridad en el trabajo...), es preciso que se ponga en peligro concreto bienes jurídicos-penales individuales (respectivamente, la vida, integridad física o salud de los sujetos que participan en el tráfico viario, de los consumidores o de los trabajadores). En parecidos términos, aunque partiendo de una concepción puramente «individualista» de los delitos de peligro, se pronuncia RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 41, nota 2 y p. 137, nota 445, quien en relación a la expresión «dolo de peligro» apunta, respectivamente, «... con ella me referiré al dolo en los delitos de peligro concreto, porque sólo en ellos es exigible un auténtico dolo de poner en peligro», «... me refiero con esta expresión –puro dolo de peligro– al dolo de peligro sin dolo de lesión, pues éste es el supuesto en el que tienen pleno sentido y efectividad los tipos de peligro...».

tos adecuados a tal efecto (p.e creando un servicio de prevención propio o contratando a un servicio de prevención ajeno), en modo alguno puede alegar, con el fin de eludir la imputación dolosa del delito contra la seguridad en el trabajo, que pensaba que podía controlarlos o que desconocía que con ello estuviera poniendo en peligro concreto la vida, integridad física o salud de sus trabajadores (117).

En este sentido, a mi juicio, se afirma correctamente en la SAP Madrid 18-06-03 (Arp. 2003\773, Pte. Abad Crespo) que «... si una persona que se dedica profesionalmente a la construcción como empresaria, es conocedora de que en la obra de su propiedad los trabajadores están desempeñando sus labores en unas condiciones de seguridad desastrosas, tiene que representarse intelectualmente que de tal reprochable situación de inseguridad se deriva inexorablemente una situación de peligro grave para la integridad física de los trabajadores, por lo que cuando no facilita las medidas necesarias para evitar la situación de peligro, tiene que ser totalmente consciente de que, como consecuencia necesaria de su ilícita omisión, se deriva la situación de peligro; siéndole por ello reprochable subjetivamente el resultado de su conducta a título de dolo, al menos como dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias...».

6. Tampoco la concurrencia del dolo en relación a la puesta en peligro concreto de los bienes jurídico-penales individuales suscita, en principio, especiales problemas de prueba en el delito contra la seguridad en el trabajo, por cuanto, en aquellos supuestos en que se constata que el sujeto es consciente de que no ha facilitado a sus trabajadores los medios de protección necesarios para garantizar su seguridad (equipos de protección individual, formación, información...), en modo alguno, puede alegar que «confiaba racionalmente» en que no se pondría en concreto peligro la vida, integridad física o salud de los mismos, argumentando, entre otras cosas, que así lo creía al no haberse registrado hasta la fecha «accidente» alguno en la empresa o al estimar que los propios trabajadores, dada su experiencia, podrían evitar siempre la puesta en peligro concreto de dichos bienes jurídicos personales, cuando se demuestra que carecían de la información y formación necesaria para ello.

7. En efecto, cómo puede «confiar racionalmente» el «empresario» en que sus trabajadores mantendrán bajo control los diferentes riesgos derivados de su puesto de trabajo, evitando así la puesta en

(117) Y ello es así debido a la menor incidencia que tiene el error en los «delitos de peligro» en relación con los «delitos de resultado». En efecto, como muy bien ha apuntado en nuestra doctrina CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 127 ss., 307 y 313, esta similitud entre la imprudencia (profesional) y el dolo en los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales, viene motivada, precisamente, por las menores posibilidades de admisión del error en el ámbito de los «delitos de peligro» con respecto a los «delitos de resultado».

peligro concreto de su vida, integridad física o salud, cuando se prueba que no les ha proporcionado, previamente, la mínima formación e información necesaria para autoprotegerse, de forma eficaz, frente a los mismos. Por ejemplo, cómo puede «confiar racionalmente» el «empresario» en que la máquina que manipulan a diario sus trabajadores no pondrá en peligro concreto su vida e integridad física, una vez se ha constatado que tenía conocimiento de que la citada máquina carecía de las preceptivas protecciones laterales necesarias para eliminar los riesgos de atrapamiento.

8. En conclusión, en los supuestos en que el «empresario» no ha facilitado a sus trabajadores los medios de protección necesarios para garantizar su seguridad, no puede «confiar», al menos de forma «racional», en que como consecuencia de ello no se pondrá en peligro concreto la vida, integridad física o salud de los mismos, por cuanto, no ejerce un control directo sobre el riesgo laboral creado, ni dicho riesgo puede ser dominado por los propios trabajadores al no disponer de las medidas necesarias para ello. Es más, en los casos en que el riesgo no controlado es especialmente elevado y el «empresario» tiene un conocimiento exacto del peligro que ello supone para dichos bienes jurídicos individuales, se podría plantear, incluso, la posible concurrencia de un concurso de delitos entre el delito contra la seguridad en el trabajo y la tentativa de homicidio y/o lesiones con dolo eventual, en la medida en que el sujeto ya no actuaría con «dolo de peligro» sino con «dolo eventual de lesión». La posible imputación de este último ilícito dependerá, como ya apunté, de si se admite o no la punibilidad de la tentativa con dolo eventual (118).

VI

1. Ahora bien, la posición aquí defendida contrasta con la práctica jurisprudencial donde, hasta la fecha, no se ha dictado ninguna resolución judicial en la que se haya imputado al «empresario» una tentativa o un delito consumado de homicidio y/o lesiones con dolo eventual en los supuestos en que, respectivamente, aun habiéndose constatado el conocimiento concreto que tenía sobre el riesgo laboral no controlado, no se ha producido la muerte ò lesión del trabajador por puro azar o ambos resultados han acabado acaeciendo (119). Y

(118) *Vid.*, *supra*, nota 116.

(119) Es más, la jurisprudencia se plantea la aplicación del delito contra la seguridad en el trabajo normalmente en aquellos supuestos en que se ha producido la muerte o lesión de un trabajador, lo cual podría ser objeto de una doble lectura. En primer lugar, ello podría ser utilizado como un argumento más sobre el que funda-

lo que resulta más importante, a los efectos del presente trabajo, donde se constata como, en numerosas resoluciones, se imputa el delito contra la seguridad, únicamente, a título imprudente (art. 317), cuando, en mi opinión, concurren los requisitos necesarios para imputarlo a título doloso (art. 316 CP) (120). Entre las diversas resoluciones en las que, a mi juicio, se realiza una incorrecta delimitación del tipo subjetivo, quisiera destacar, además de la SAP Granada 8-11-99 (Arp. 1999\4685, pte. Flores-Domínguez), las SSAP Granada 22-03-02 (Arp. 2002\345, pte. Martínez López) y Valencia 11-04-03 (Jur. 2003\218084, pte. Ferrer Gutiérrez).

2. En la primera de las sentencias enumeradas, como ya he expuesto, un trabajador de veintinueve años, con la categoría profesional de peón, muere mientras engrasaba con la mano, los engranajes de un horno de secado, colocando la grasa directamente sobre los dientes de un cilindro desprotegido y en funcionamiento, con el fin de que el propio movimiento del cilindro repartiera la grasa por los engranajes. Pues bien, como ya he adelantado, los hechos deberían haber sido calificados como constitutivos de un delito contra la seguridad en el trabajo doloso (art. 316), por cuanto la propia sentencia declara probado que tanto el encargado de mantenimiento como los tres gerentes

mentar la falta de autonomía del delito contra la seguridad en el trabajo con respecto a la protección de los bienes jurídico-penales individuales vida, integridad física o salud. O bien, como estimo más acertado, en segundo lugar, dicha realidad podría llevarnos a pensar que existen poquísimas sentencias en las que se condene a alguien como autor del delito contra la seguridad en el trabajo, quizás, porque, en muchos casos, la Inspección de Trabajo cuando acude a un centro de trabajo y detecta una flagrante conculcación de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales no da el tanto de culpa al Ministerio Fiscal, tal y como establece el art. 3.2 LISOS, este último no realiza la correspondiente imputación del delito contra la seguridad en el trabajo y, por consiguiente, el Juez o Tribunal no puede aplicarlo de forma autónoma. En este sentido, entre otros, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, «Prevención de riesgos laborales y Derecho Penal», RPJ (64) 2001, p. 88, quien señala como únicamente se traslada la cuestión al Ministerio Público o al órgano judicial competente para investigarlo cuando el trabajador muere o se ha producido una afectación grave de su salud.

(120) En este sentido, apunta TERRADILLOS BASOCO, «Diez cuestiones en torno a los denominados “delitos laborales”», en *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento interdisciplinar...*, Barcelona, 2000, p. 141, que en aquellos supuestos en que los Tribunales se deciden a incriminar el delito contra la seguridad en el trabajo, mayoritariamente, se decantan por la aplicación de la modalidad imprudente (art. 317), argumentando que «... quien infringe la normativa sobre seguridad no desea atentar contra la vida o la salud de los trabajadores. Sin embargo —continúa el citado autor— tampoco parece aventurado pensar que quien infringe esa normativa y es consciente de la situación de riesgo que genera, reúne todos los requisitos del actuar doloso, ya que el tipo subjetivo del art. 316 requiere sólo el dolo de peligro».

de la empresa tenían conocimiento de que el trabajador engrasaba con sus propias manos los dientes del cilindro en movimiento; sabían que los dientes del cilindro carecían de protección alguna para evitar los riesgos de atropamiento; y conocían que dicha tarea se había encomendado a un trabajador que poseía únicamente la categoría de peón. Es más, la propia sentencia afirma en su FJ 1.º que tanto el encargado como alguno de los compañeros del fallecido testificaron durante el plenario que la operación de engrase la realizaban de forma habitual «lanzando la grasa con una espátula o trozo de madera desde la distancia...».

«... En tal sentido la sala quiere poner de relieve que si bien estima que la infracción de reglas generales de cuidado, cuya función específica es la exclusión de peligros abstractos que la experiencia enseña que pueden conducir a la realización típica, no fundamenta por sí sola la atribución de la responsabilidad penal, siendo preciso que concurra, además, el deber subjetivo de cuidado, deber que, claramente, concurría en la persona del encargado, ocurre que, en el supuesto enjuiciado, también concurría en los directivos, al ser conocedores del riesgo que la labor realizada por ese y otros operarios entrañaba, no obstante lo cual no dieron instrucciones al encargado consistentes en detener el motor ni resguardaron los engranajes para evitar el peligro» (FJ 2.º).

«... A pesar de lo manifestado por el encargado y alguno de los operarios que testificaron en la sesión del juicio respecto del modo que decían ser habitual el realizar la operación de engrase, lanzando la grasa con una espátula o trozo de madera desde la distancia, sobre ser difícilmente creíble, lo cierto es que ninguna de tales herramientas se encontró en el lugar en que el fallecido se encontraba trabajando, y, sin embargo, éste tenía puestos unos guantes, lo que lleva a concluir que el engrase lo hacía directamente con sus manos, poniendo la grasa en los dientes del engranaje, forma que explica, también, que el siniestro se produjera...» (FJ 1.º).

3. En la segunda de las resoluciones citadas un aprendiz de dieciocho años sufre importantes lesiones al ser alcanzado por una de las vigas de hierro que cargaba en un camión mientras manipulaba en solitario una grúa puente de 8 Tm cuya eslinga de tela se rompió. La Audiencia Provincial de Granada calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la seguridad en el trabajo por imprudencia grave (art. 317)(121), a pesar de que declara probado que el único imputado, el titular de la empresa, conocía que en la realización de la tareas de carga y descarga se venían utilizando eslingas de tela e, incluso, que algunas de ellas estaban desgastadas por su continuo uso y que el trabajador fallecido, al que le asignó dicha tarea, sólo tenía dieciocho años. ostentaba la categoría profesional de aprendiz v no

(121) En concurso ideal con una falta de lesiones por imprudencia grave (art. 621.1).

había recibido la formación e información precisa para acometer una tarea tan peligrosa en unas condiciones mínimas de seguridad.

«... el empresario inculcado era conocedor (lo había presenciado él mismo más de una vez) de la harta frecuencia con que, ante la falta coyuntural de eslingas y cadenas de hierro y la premura por cargar el camión de turno, eran utilizadas eslingas de tela (alguna incluso en mal estado) para cargar en ellas materiales tan pesados como planchas y vigas de hierro, de gran tamaño en el consiguiente alto riesgo de que, dada su limitada resistencia, pudieran romperse... Precisamente a este tipo de trabajo de carga de camiones en la nave industrial venía dedicándose desde hacía ya algún tiempo, por haberlo así ordenado el empresario, el joven aprendiz... en compañía de otro trabajador, Francisco C., que llevaba ya diez años en la empresa. Se utilizaba para ello una grúa puente de 8 Tm con un mando a distancia y con el gancho de la misma se transportaba hasta el camión la eslinga o braga que soportaba la carga. Desde mes y medio antes de producirse el siniestro... hacía ya esta labor en solitario el referido aprendiz... con la plena anuencia del acusado, no obstante ser consciente éste de la categoría profesional, escasa experiencia (ni siquiera había recibido algún cursillo de formación al respecto) y corta edad de su empleado. Durante ese tiempo cargaba éste más de 10 camiones de promedio diarios; viéndole su jefe, en más de una ocasión, cómo utilizaba eslingas de tela para esos materiales pesados y siempre sin el casco de seguridad, no llamándole la atención por ello...» (FJ 1.º).

4. Por último, en la tercera de las resoluciones enunciadas un trabajador se queda tetrapléjico al caerse desde una altura de 3 metros, mientras cogía, junto a otros dos operarios, el material necesario para realizar el forjado de una nave industrial, no contando ninguno de ellos, en el momento de autos, con los preceptivos equipos de protección individual (cinturones y arneses de seguridad) ni las medidas de protección colectivas (barandilla de seguridad). La Audiencia Provincial de Valencia califica los hechos como constitutivos de un delito contra la seguridad por imprudencia grave (art. 317), pese a declarar probado que los tres sujetos imputados (el propietario de la obra, el arquitecto técnico y el oficial de primera encargado de la ejecución del forjado) conocían que era necesario trabajar en altura para ejecutar el forjado, sabían que los trabajadores no habían recibido información alguna acerca de las medidas de seguridad a adoptar durante la realización del mismo y que no se habían tomado las medidas precisas para utilizar los cinturones de seguridad en el desarrollo de dicha tarea.

«... todos ellos eran conocedores de la exigencia de tarea en altura para la ejecución del forjado, y, así mismo, eran conocedores de la ausencia de información concreta de los trabajadores en medidas de seguridad para la ejecución del forjado en altura y de la ausencia de medidas adecuadas para poder hacer uso de los cinturones de seguridad al ejecutar las tareas del forjado...».

VII

1. La defensa a ultranza de la incriminación de la imprudencia en el delito contra la seguridad en el trabajo no casa, «en teoría», ni con el afán mostrado por la doctrina y la jurisprudencia al destacar que la imputación dolosa del delito contra la seguridad requiere únicamente la concurrencia de dolo eventual, ni con la afirmación de que esta última constituye, incluso, la forma de incriminación subjetiva característica en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo. Y digo «en teoría» porque, en la práctica, dicho planteamiento resulta coherente con el concepto volitivo del que parten, por cuanto es precisamente en el ámbito del dolo eventual en el que se proyectan las carencias propias del mismo.

2. Ciertamente, ante la dificultad probatoria que plantea la concurrencia del «querer» en los supuestos límites (dolo eventual-imprudencia consciente), lo que hace la doctrina, en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo, es sustituir el elemento volitivo, exigido en la definición general de dolo, por otras fórmulas pseudovolitivas como son la «resignación» o la «aceptación», argumentado que en todos aquellos supuestos en que el «empresario» no adopta medida alguna, a pesar de representarse como probable la infracción de una norma de prevención de riesgos laborales y la puesta en peligro concreto de la vida, integridad física y salud de sus trabajadores, lo «acepta» y, consiguientemente, responde del mismo a título doloso (eventual).

3. Sin embargo, dicha argumentación viene a refrendar la posición de aquel sector doctrinal, al que me he adherido, que defiende, por el contrario, la necesidad de asumir un concepto puramente cognoscitivo de dolo, restando toda autonomía al elemento volitivo en la definición general de dolo, por cuanto las fórmulas utilizadas en sustitución del «querer» no cumplen papel alguno, infiriéndose el dolo, en realidad, única y exclusivamente, del elemento cognoscitivo. Esto es, del conocimiento que del riesgo típico posee el «empresario» en el momento en que lo crea, o teniendo la obligación de controlarlo, no lo hace. Es precisamente la asunción de este concepto puramente cognoscitivo lo que explica, en última instancia, la identificación y, por qué no decirlo, la confusión entre las figuras del «dolo de peligro», el «dolo eventual de lesión» y la imprudencia consciente, y la limitada eficacia jurídico-penal que se atribuye al error en el ámbito de los delitos contra bienes jurídico-penales en general, y en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo en particular.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho. Abogada

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 14

Derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley

«Para apreciar la vulneración del derecho invocado será necesario que, tras partir de una identidad fáctica absoluta entre dos supuestos, el mismo órgano jurisdiccional dicte resoluciones contradictorias sin justificar el cambio de criterio y sin que éste pueda deducirse del contexto de la resolución impugnada (por todas, STC 285/1994, de 27 de octubre de 1994, FJ 2). Ello exige la acreditación de un *tertium comparationis* que permita la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria (SSTC 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 4/1995, de 6 de febrero, FJ 1; 55/1999, de 12 de abril, FJ 2; 62/1999, de 22 de abril, FJ 4; 102/1999, de 31 de mayo, FJ 2; 132/2001, de 7 de junio, FJ 2; y 238/2001, de 18 de diciembre, FJ 4, por todas).

De entrada esta definición pone de manifiesto, como [.../...] se deduce, entre otras, de la STC 106/2003, de 2 de junio, FJ 2, que la falta de motivación justificativa del supuesto giro doctrinal carece en realidad de autonomía como motivo de amparo separable [.../...]. La exigencia de justificación explícita y suficiente del cambio de criterio judicial obedece al objeto de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia generadoras de un trato desigual (SSTC 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3; 47/1995, de 14 de febrero, FJ 3; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 75/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 193/2001, de 14 de febrero, FJ 3), y, por tanto, afecta directamente al invocado derecho a la igualdad.»

(STC 28/2004, de 4 de marzo. Recursos de amparo núms. 4562/2001 y 4563/2001, acumulados. Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar, «BOE» de 6 de abril de 2004)

«Como ha puesto de manifiesto este Tribunal en reiteradas ocasiones, no toda desigualdad de trato supone una infracción del artículo 14 de la Constitución española, 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, es decir, 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 (por todas, SSTC 134/1996, de 22 de julio, FJ 5; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 200/1999, de 8 de noviembre, FJ 3; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4).

Se ha de recordar que los órganos judiciales pueden vulnerar el mencionado derecho a la igualdad ante la Ley cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables y, además, la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad, su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el artículo 14 de la Constitución no consiente (SSTC 103/1990, de 9 de marzo, FJ 2; 39/1992, de 30 de marzo, F. 3; 20/1994, de 27 de enero, FJ 2; y 103/2002, de 6 de mayo, FJ 4).»

(STC 34/2004, de 8 de marzo. Recurso de amparo núm. 813/2001. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 6 de abril de 2004)

«Resulta al efecto oportuno traer a colación en este momento nuestra doctrina sobre el derecho a la igualdad en la Ley (art. 14 CE), que puede considerarse resumida en el FJ 1 de la STC 144/1988, de 12 de julio, en el que se declaró 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”.

Ahora bien, lo propio del juicio de igualdad es de carácter relacional: “requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5, y 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (STC 200/2001, de octubre, FJ 5)”.

Así pues “el juicio de igualdad *ex* artículo 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas” (SSTC 212/1993, de 28 de junio, FJ 6, y 80/1994, de 13 de marzo, FJ 5, entre otras). Por ello toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en “una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de

ciudadanos" (ATC 209/1985, de 20 de marzo, FJ 2). Consiguientemente, puede decirse que dos individuos son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en ellos concurre una cualidad común, un *tertium comparationis*, que opera como elemento definitorio de la clase, y que son desiguales cuando tal circunstancia no se produce (STC 125/2003, de 19 de junio, FJ 4). Conviene por todo ello examinar si los supuestos de hecho aportados por el órgano judicial como término de comparación guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere.»

(STC 53/2004, de 15 de abril. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2192/1995. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 18 de mayo de 2004)

Derecho a la igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos: vid. comentario de jurisprudencia al artículo 23.2 de la Constitución

Discriminación por razón de sexo

«Ha de recordarse que el artículo 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de suerte que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad es, en suma, la desigualdad que resulte artificiosa o injustificada por no venir fundada en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (por todas, recogiendo la doctrina precedente, SSTC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 3; y 27/2004, de 4 de marzo, FJ 2).

La virtualidad del artículo 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2, y 17/2003, de 30 de enero, FJ 3). En

este sentido, este Tribunal ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14 CE, como, por ejemplo, la discriminación por razón de sexo (entre otras, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 207/1987, de 22 de diciembre, FJ 2, y 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2, y 126/1997, de 3 de julio, FJ 8).

“A diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya *ex Constitutione*, que impone como fin y generalmente como medio la parificación”, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (STC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del artículo 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el artículo 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2).

[.../...]

Tal tipo de discriminación comprende sin duda aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; y 17/2003, de 30 de enero, FJ 3). Por ello, partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscribida por el artículo 14 CE, hemos estimado diversos recursos de amparo relativos a la materia aquí enjuiciada, incluso respecto de decisiones empresariales *ad nutum*, como la resolución de la relación laboral en período de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre) o la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994, de 7 de junio), y hemos afirmado igualmente que la misma conclusión debe prevalecer ante decisiones causales como el despido—lo que resulta aplicable también en el caso de autos, en el que se discute la suspensión del contrato de trabajo—, pues la paridad que impone el segundo inciso del artículo 14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendido el supuesto extintivo, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sin discriminación por razón de sexo (STC 136/1996, de 23 de julio). Como hemos tenido la ocasión de afirmar anteriormente, “la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario, evitando las consecuencias

físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado” (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3).»

(STC 161/2004, de 4 de octubre. Recurso de amparo núm. 4295/2001. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 9 de noviembre de 2004)

ARTÍCULO 15

Derecho a la vida y a la integridad física y moral. Baremos de indemnizaciones en accidentes de tráfico

«En relación con la vulneración del derecho a la vida y la integridad física y moral este Tribunal ya se pronunció en la STC 181/2000, de 29 de junio, afirmando que “en el plano constitucional no es posible confundir la reparación de los daños a la vida y a la integridad personal (art. 15 CE), con la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o de las lesiones personales padecidas, pues el mandato de especial protección que el artículo 15 CE impone al legislador se refiere estricta y exclusivamente a los mencionados bienes de la personalidad (vida, integridad física y moral), sin que pueda impropriamente extenderse a una realidad jurídica distinta, cual es la del régimen legal de los eventuales perjuicios patrimoniales que pudieran derivarse del daño producido en aquellos bienes” (FJ 8). Por ello, “el artículo 15 CE sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, en el sentido de exigirle que, en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE); y en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad –según la expresión literal del artículo 15 CE– de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas” (FJ 9). De ese modo, concluía la inexistencia de la vulneración aducida en tanto que “el baremo atiende no sólo al supuesto de muerte, sino también a las lesiones causadas en la integridad física y moral de las personas, disponiendo (apartado 1, punto 5, del anexo), a los efectos de la determinación de la correspondiente responsabilidad civil, unas indemnizaciones básicas por muerte (tabla I) y por lesiones permanentes, incluidos los daños morales (tabla III), cuyas cuantías no pueden estimarse insuficientes desde la apuntada perspectiva constitucional; sin que, por otra parte, en ninguna de las cuestiones planteadas se susciten problemas relativos a la irreparabilidad civil de determinadas lesiones físicas o padecimientos morales que, originados en ese concreto contexto de la circulación de vehículos a motor, hayan sido expresamente excluidos por el legislador del sistema de tablas contenido en el anexo de la Ley 30/1995” (FJ 9). Este pronunciamiento ha sido reiterado posteriormente en las SSTC 242/2000 y 244/2000, de 16 de octubre, FFJJ 6 y 5, respectivamente; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 4; 21/2001, de 29 de enero, FJ 3; 9/2002, de 15 de enero, FJ 3; 31/2003, de 13 de febrero, FJ 2, y 42/2003, de 3 de marzo, FJ 4.»

(STC 222/2004, de 29 de noviembre. Recurso de amparo núm. 6533/2001. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez, «BOE» de 4 de enero de 2005)

Derecho a la vida y a la integridad física y moral. Tratos inhumanos y degradantes

«La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], reiteradamente, en relación con denuncias de torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3 del Convenio Europeo), vincula la apreciación de violaciones de este precepto al incumplimiento por parte de los Estados firmantes del deber que les impone el Convenio de efectuar una investigación efectiva para el esclarecimiento de los hechos y el castigo de los culpables. Así, en la STEDH de 18 de diciembre de 1996 (caso *Aksoy c. Turquía*), tras recordar que el artículo 3 contiene uno de los valores fundamentales de la sociedad democrática y que incluso en las más difíciles circunstancias, como la lucha contra el terrorismo o el crimen, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura o los tratos inhumanos o degradantes, el Tribunal señala que cuando un detenido es puesto en libertad con evidencia de maltrato, el Estado está obligado a proporcionar las explicaciones necesarias sobre las heridas, y que de no existir tales incurre en violación del artículo 3 CEDH. En la Sentencia de 25 de septiembre de 1997 (caso *Aydın c. Turquía*) se insiste en que la naturaleza del derecho garantizado en el artículo 3 del Convenio tiene implicaciones con el artículo 13, de forma que, en tanto que un individuo alega razonablemente haber sufrido tortura a manos de los agentes públicos, la noción de “recurso efectivo” implica investigaciones efectivas y adecuadas para conducir a la identificación y sanción de los responsables. En la misma línea, las SSTEDH de 11 de abril de 2000 (caso *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*); 11 de julio de 2000 (caso *Dikme c. Turquía*); 21 de diciembre de 2000 (caso *Büyükdag c. Turquía*); y 1 de marzo de 2001 (caso *Berktaş c. Turquía*). Por el contrario, la STEDH de 20 de julio de 2000 (caso *Caloc c. Francia*), rechaza la violación del artículo 3 del Convenio ante la falta de prueba del carácter excesivo o vejatorio de la actuación policial y la no constatación de falta de diligencia en la investigación, dado que existieron numerosas actuaciones en relación con la instrucción de la causa.»

(STC 7/2004, de 9 de febrero. Recurso de amparo núm. 5316/1997. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 10 de marzo de 2004)

«El artículo 15 de la Constitución expresa en su primer inciso que “todos tienen derecho 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”. La prohibición constitucional de la tortura, así como de las penas o malos tratos inhumanos o degradantes, debe ser interpretada, en atención a lo dispuesto por el artículo 10.2 CE, de conformidad con las determinaciones de la Declaración universal de los derechos humanos y con otros tratados o acuerdos internacionales sobre la misma materia, y realmente así lo ha hecho este Tribunal desde la primera resolución en que trató acerca de este punto (STC 65/1986, de 22 de mayo). La prohibición, en idénticos o en parecidos términos, se recoge también en el artículo 5 de la referida Declaración universal, y en otros Convenios ratificados por España, como en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), precepto que, como reconoció el ATC 333/1997, de 13 de octubre, influyó de manera manifiesta en la redacción del artículo 15 CE; en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984; o en el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, de 1987, entre otros instrumentos internacionales.

De todos estos textos resultan especialmente relevantes en este proceso constitucional de amparo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, puesto que ambos textos se encuentran ratificados tanto por España como por Venezuela.

El artículo 3 de la mencionada Convención dispone lo siguiente:

“1. Ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.”

Asimismo, el artículo 16.1 de la misma Convención dispone que todo Estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público o persona en el ejercicio de funciones públicas, o por instigación o con el consentimiento o aquiescencia de tal funcionario o persona.

La interdicción constitucional prevista en el artículo 15 CE posee un doble significado. Por una parte, constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 8, y SSTEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, § 88; de 30 de octubre de 1991, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, § 108; de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, § 79; de 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria*, § 40; de 29 de abril de 1997, *H. L. R. c. Francia*, § 35, y de 28 de julio de 1999, *Selmouni c. Francia*, § 95) que se conecta con el respeto a los derechos fundamentales más básicos del individuo en sus relaciones con el Estado. De otra parte, se encuentra estrechamente relacionada con la dignidad de la persona que, según lo dispuesto en el artículo 10.1 CE, representa uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (SSTC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8; 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4; 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 12, y 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7, y ATC 238/1985, de 10 de abril). En efecto, la dignidad de la persona constituye una cualidad ínsita a la misma, que por tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares, y a la que se contraponen frontal y radicalmente los comportamientos prohibidos en el artículo 15 CE, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo. Nuestra ya mencionada STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4, ha sentado el criterio –que después se ha repetido en resoluciones posteriores– de que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos fundamentales no conlleven un menoscabo para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.»

(STC 181/2004, de 2 de noviembre. Recurso de amparo núm. 3134/1999. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 2 de diciembre de 2004)

ARTÍCULO 16

Derecho a la libertad religiosa

«Tal y como tuvimos ocasión de afirmar, en apretada síntesis, en el Fundamento Jurídico Sexto de la STC 154/2002, de 18 de julio, la Constitución Española reconoce la libertad religiosa, garantizándola tanto a los individuos como a las comunidades, “sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley” (art. 16.1 CE).

En su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el artículo 16.3 CE: primero, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; segundo, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias. En este sentido, ya dijimos en la STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, que “el artículo 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener ‘las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones’, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que ‘veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales’ (STC 177/1996, de 11 de noviembre)”.

En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9, la libertad religiosa “garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual”, y asimismo, “junto a esta dimensión interna, esta libertad... incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2; 120/1990, de 27 de junio, FJ 10, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 8)”. Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* lo es “con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales” (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del artículo 16.2 CE de que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”.

La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, además, “en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso” (STC 46/2001, de 15 de febrero), tales como las que se relacionan en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades.»

(STC 101/2004, de 2 de junio. Recurso de amparo núm. 2563/2002. Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, «BOE» de 23 de junio de 2004)

ARTÍCULO 17.1

Derecho a la libertad personal

«Como hemos afirmado en la STC 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4, la libertad personal no es un puro derecho de configuración legal, ya que la Ley que la desarrolle ha de estar sometida a la Constitución. Ahora bien, la Ley ostenta un papel decisivo en relación con este derecho, pues es en ella donde se conforman los presupuestos de la privación de libertad por imperativo constitucional. El derecho a la libertad del artículo 17.1 CE es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo “en los casos y en la forma previstos por la Ley”. De esta manera, la prisión provisional sólo puede ser impuesta en la medida en que está prevista por la Ley (*nulla custodia sine lege*). Por su parte, el artículo 17.4 CE impone al legislador la obligación de fijar el plazo máximo de duración de la prisión provisional.»

(STC 181/2004, de 2 de noviembre. Recurso de amparo núm. 3134/1999. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 2 de diciembre de 2004)

Prisión provisional

«Conviene recordar brevemente la doctrina sentada por este Tribunal en materia de prisión provisional. A tenor de la misma se trata de una medida de naturaleza cautelar y excepcional que en ningún caso puede transformarse en una pena privativa de libertad anticipada, no estando su imposición justificada sino cuando se trata con ella de alcanzar fines constitucionalmente legítimos. Tales fines se circunscriben a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo que pudieran partir del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Justicia (o riesgo de fuga), la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva. Por el contrario, lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas consistentes en la declaración de los imputados u otras (*vid.*, entre otras muchas: SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 3; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 28/2001, de 29 de enero, FJ 3; 8/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 98/2002, de 29 de abril, FJ 3).

De otra parte, este Tribunal también ha declarado que la alarma social no es un criterio válido a los efectos de apreciar la necesidad de la prisión provisional. Así, en la STC 47/2000, de 17 de febrero, procedimos a autoplantearnos una cuestión de inconstitucionalidad acerca de la compatibilidad de los artículos 503 y 504 de la LECrim –en su redacción anterior a la reforma operada en los mismos por la Ley Orgánica 13/2003– con el derecho fundamental a la libertad personal, por entender que, en concreto, el artículo 504.2 permitía decretar la prisión provisional de un acusado por el mero hecho de que el delito imputado estuviera castigado con pena superior a la de prisión menor, pese a que de sus circunstancias personales se dedujera la inexistencia de riesgo alguno de fuga o de obstrucción del proceso. Como fundamento para ello, únicamente se aludía en dicho precepto a la “alarma social producida” por el delito, criterio que la citada STC 47/2000 consideró que no podía erigirse en un fin constitucionalmente válido en el que basar la prisión provisional, toda vez que “la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el

contenido de un fin exclusivo de la pena la prevención general y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales) presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa”. Ha de señalarse, por lo demás, que la alusión a este criterio de la “alarma social” ha desaparecido del texto de los artículos 503 y 504 LECrim tras la reciente modificación que de los mismos ha efectuado la mencionada Ley Orgánica 13/2003.

También hemos dicho que la prisión provisional, como toda restricción del derecho a la libertad personal, es una medida que únicamente debe ser impuesta cuando sea estrictamente necesario y en la medida en que no se cuente con otras medidas menos gravosas para alcanzar los mismos fines que se intentan conseguir con la prisión provisional, habiendo recibido acogida este criterio en el nuevo artículo 502.2 de la LECrim, tras la reforma operada en dicho texto legal por la Ley Orgánica 13/2003, a cuyo tenor: “La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria... y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional”. Y, finalmente, hemos exigido que la decisión judicial por la que se decreta la prisión provisional de un imputado venga expresamente motivada por la necesidad de dicha medida para lograr los fines anteriormente expuestos, debiendo ser acordada por medio de Auto motivado en el que se hagan explícitas las razones que han llevado al órgano judicial a la imposición de tan excepcional medida [SSTC 142/1998, de 29 de junio, FJ 3; 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 2; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; y 98/2002, de 29 de abril, FJ 4 c), entre otras].»

(STC 191/2004, de 2 de noviembre. Recursos de amparo núm. 6674/2004 y 126/2003, acumulados. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez, «BOE» de 2 de diciembre de 2004)

ARTÍCULO 17.2

Detención preventiva: prolongación indebida

«Es preciso traer a colación la reiterada doctrina constitucional sintetizada en las ya citadas SSTC 288/2000 (FJ 3) y 224/2002 (FJ 3), según la cual la detención preventiva está constitucionalmente caracterizada por ciertas notas, entre ellas, en lo que aquí especialmente interesa, por su limitación temporal (SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8; 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4; 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4, y 179/2000, de 26 de junio, FJ 2), lo que implica que ha de estar inspirada por el criterio del lapso temporal más breve posible (SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 8, y 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3), como así lo corrobora lo dispuesto en el artículo 5.2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que exigen que el detenido sea conducido “sin dilación” o “sin demora” ante la autoridad judicial.

Nuestra jurisprudencia subraya que el principio de limitación temporal, que caracteriza a todas las privaciones de libertad, viene impuesto por la Constitución con mayor intensidad, si cabe, cuando se trata de detenciones preventivas, porque el artículo 17.2 CE no se remite a la Ley para que ésta determine los plazos legales

—como, sin embargo, ocurre en el art. 17.4 CE respecto a la prisión provisional—, sino que se ocupa él mismo de establecerlos imperativamente. E incluso los que establece son más rigurosos que los que se contienen en los instrumentos internacionales antes mencionados (STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4). El sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada [SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6 a); 179/2000, de 26 de junio, FJ 2].»

(STC 23/2004, de 23 de febrero. Recurso de amparo núm. 4354/2003. Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, «BOE» de 26 marzo de 2004)

ARTÍCULO 17.4

Habeas corpus

«En este sentido es necesario recordar, como ante una situación igual ya se declaró en la STC 94/2003, de 19 de mayo, que, aun cuando este Tribunal ha señalado en alguna ocasión que el artículo 17.4 CE no contiene propiamente un derecho fundamental, sino una garantía institucional que resulta de la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes, y que, por tanto, la corrección de la resolución judicial en esta materia debía ser analizada conforme a dicho canon, sin embargo, más recientemente, ha reiterado que, en supuestos como el presente, la perspectiva de examen que debe adoptarse es única y exclusivamente la de la libertad, puesto que, estando en juego ese derecho fundamental, la eventual ausencia de una motivación suficiente y razonable de la decisión no supondrá sólo un problema de falta de tutela judicial, propio del ámbito del artículo 24.1 CE, sino propiamente una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal, en cuanto que la suficiencia o razonabilidad de una resolución judicial relativa a la garantía constitucional del procedimiento de *habeas corpus*, prevista en el artículo 17.4 CE, forma parte de la propia garantía. Conclusión que, por otra parte, este Tribunal ya había mantenido, al afirmar que la invocación de la lesión de la tutela judicial efectiva en el marco de la resolución de un procedimiento de *habeas corpus* resulta redundante con la del artículo 17, apartados 1 y 4, CE, pues aquélla supondría el incumplimiento por el órgano judicial de lo previsto en el artículo 17.4 CE y, por tanto, la lesión del derecho a la libertad del artículo 17.1 CE (FJ 2).

3. En relación con la cuestión de fondo suscitada, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de *habeas corpus* en el artículo 17.4 CE, como garantía fundamental del derecho a la libertad, y en qué medida puede verse vulnerado por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de *habeas corpus*, generando una consolidada doctrina, recogida más recientemente en las SSTC 94/2003, de 19 de mayo (FJ 3), y 23/2004, de 23 de febrero (FJ 5), que puede resumirse, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, en los siguientes puntos:

a) El procedimiento de *habeas corpus*, previsto en el inciso primero del artículo 17.4 CE, y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 6 de mayo (LOHC), supone una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 de la Constitución, cuyo fin es posibilitar el control judicial a posteriori de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no

acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere está privada de libertad ilegalmente.

b) El procedimiento de *habeas corpus*, aun siendo un proceso ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad.

c) De acuerdo con la específica naturaleza y finalidad constitucional de este procedimiento, y teniendo en cuenta su configuración legal, adquiere especial relevancia la distinción, explícitamente prevista en los artículos 6 y 8 LOHC, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia. Y ello porque, en el trámite de admisión, no se produce la puesta a disposición judicial de la persona cuya privación de libertad se reputa ilegal, tal y como pretende el artículo 17.4 CE, ya que la comparecencia ante el Juez de dicha persona sólo se produce, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 7 LOHC, una vez que el Juez ha decidido la admisión a trámite mediante el Auto de incoación.

d) De ese modo, aun cuando la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de *habeas corpus* permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales no se incumplan los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el artículo 4 LOHC. Por ello, si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del *habeas corpus*. Ahora bien, este Tribunal ha admitido el rechazo liminar en supuestos en los cuales no se daba el presupuesto de privación de libertad o de falta de competencia del órgano judicial.

e) Por ello, en los casos en los cuales la situación de privación de libertad exista (requisito que, junto con los exigidos en el art. 4 de la Ley Orgánica 6/1984, es preciso cumplir para poder solicitar la incoación de este procedimiento), si hay alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de ésta, no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la privación de libertad, en aplicación de lo previsto en el artículo 1 LOHC, debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas, según dispone el artículo 7 LOHC, pues, en otro caso, quedaría desvirtuado el procedimiento de *habeas corpus*. De ese modo no es posible fundamentar la improcedencia de la inadmisión de este procedimiento cuando ésta se funda en la afirmación de que el recurrente no se encontraba lícitamente privado de libertad, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en el *habeas corpus* es el de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación.

f) Por lo que respecta a la existencia de una situación de privación de libertad, como presupuesto para la admisibilidad del *habeas corpus*, se ha reiterado que debe cumplirse una doble exigencia. Por un lado, que la situación de privación de libertad sea real y efectiva, ya que, si no ha llegado a existir tal situación, las reparaciones que pudieran proceder han de buscarse por las vías jurisdiccionales adecuadas, de tal modo que "cuando el recurrente no se encuentra privado de libertad, la misma podía ser denegada de modo preliminar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1984, puesto que en tales condiciones no procedía incoar el proce-

dimiento”. Y, por otra parte, que la situación de privación de libertad no haya sido acordada judicialmente, ya que sólo en estos supuestos tendría sentido la garantía que instaura el artículo 17.4 CE de control judicial de la privación de libertad, de modo que es plenamente admisible el rechazo liminar de la solicitud de *habeas corpus* contra situaciones de privación de libertad acordadas judicialmente. En tal sentido este Tribunal ya ha afirmado que tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente y, por tanto, que con independencia de su legalidad no pueden ser objeto de rechazo liminar las solicitudes de *habeas corpus* dirigidas contra ellas, las detenciones policiales, las detenciones impuestas en materia de extranjería o las sanciones de arresto domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares.

En conclusión, la inadmisión liminar de un procedimiento de *habeas corpus* basada en la legalidad de la situación de privación de libertad supone, en sí misma, una vulneración del artículo 17.4 CE, al implicar una resolución sobre el fondo que sólo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos legítimos para inadmitir un procedimiento de *habeas corpus* serán los basados, bien en la falta del presupuesto mismo de la situación de privación de libertad, bien en la concurrencia de sus requisitos formales.»

(STC 122/2004, de 12 de julio. Recurso de amparo núm. 284/2004. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 11 de agosto de 2004)

Prisión provisional. Plazo máximo. Prórroga

«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 otras, SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 3; 98/1998, de 4 de mayo, FJ 2; 142/1998, de 29 de junio, FJ 3; 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 2; 272/2000, de 13 de noviembre, FJ 2, y 144/2002, de 15 de julio, FJ 3). De otra parte, aunque el artículo 504.4 LECrim 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” (STC 142/1998, de 29 de junio, FJ 3).

[.../...]

Si bien es cierto que el artículo 17.1 CE establece que nadie puede ser privado de su libertad si no es en los casos y en la “forma prevista en la Ley” y que la audiencia previa del interesado y del Ministerio Fiscal constituye, en principio, un requisito de forma legalmente previsto para la prolongación de la prisión provisional, dado el tenor literal del artículo 504.4 LECrim, también lo es, sin embargo, que existen diversas opciones interpretativas del juego sistemático de los apartados 4 y 5 del artículo 504 LECrim sobre la cuestión relativa a si dicha audiencia constituye un requisito exigido por la Ley –y, por remisión del art. 17.1 CE, asimismo por la Constitución– para los casos en que la prórroga de la prisión provisional se adopta tras haber recaído Sentencia condenatoria, a la luz del tenor del artículo 504.5 LECrim.

Y si bien el caso resuelto por la citada STC 108/1997 no era idéntico al actual, dado que no se trataba de una prórroga en sentido propio –al no haber transcurrido el

plazo inicial—, sino de un acuerdo de mantenimiento de la prisión tras dictarse Sentencia condenatoria —obligado por el art. 861 bis a) LECrim—, es lo cierto que la *ratio* de la decisión es perfectamente trasladable al que ahora nos ocupa.

En efecto, es doctrina reiterada de este Tribunal que la prórroga o ampliación del plazo máximo inicial de la prisión provisional decretada requiere una decisión judicial específica, sin que sea constitucionalmente admisible la interpretación según la cual el dictado de una Sentencia condenatoria “lleva consigo, implícitamente, la prolongación del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta” (SSTC 98/1998, de 4 de mayo, FJ 3; 142/1998, de 29 de junio, FJ 3; 231/2000, FJ 5; 272/2000, de 13 de enero, FJ 3; 144/2002, de 15 de julio, FJ 4).

Dicha decisión judicial de prórroga sólo puede adoptarse en los casos previstos en la Ley, esto es, cuando concurren “circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en estos plazos y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia” (art. 504.4 LECrim) o que el inculpado haya sido condenado y la Sentencia condenatoria hubiera sido recurrida por él (art. 504.5 LECrim; por todas, STC 98/1998, de 4 de mayo, FJ 3).

Ahora bien, como hemos declarado en otras ocasiones, la anulación de los Autos no comporta automáticamente la puesta en libertad del recurrente, dado que son los órganos judiciales los competentes para la adopción de las decisiones en materia de prisión provisional y dado que resulta posible la reinstauración de la prisión provisional, siempre que no haya expirado definitivamente el plazo legalmente fijado cuando ya se ha dictado, como es el caso, Sentencia condenatoria (por todas, SSTC 88/1988, de 9 de mayo, FJ 2; 56/1997, de 17 de marzo, FJ 12; 142/1998, de 29 de junio, FJ 4; 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 3; 19/1999, de 22 de febrero, FJ 6; 71/2000, de 13 de marzo, FJ 8; 231/2000, de 2 de octubre, FJ 7, y 142/2002, de 17 de junio, FJ 5).»

(STC 22/2004, de 23 de febrero. Recurso de amparo núm. 565/2003. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 26 de marzo de 2004. En el mismo sentido, STC 120/2004 de 12 de julio. Recurso de amparo núm. 761/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 11 de agosto de 2004. Y STC 155/2004, de 20 de septiembre. Recurso de amparo núm. 763/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 22 de octubre de 2004)

Prisión provisional. Plazo máximo en caso de acumulación de causas

«Este Tribunal ya ha declarado en otras ocasiones que, dado el carácter excepcional que tiene la adopción de la medida de prisión provisional, la interpretación y aplicación de las normas que la rigen “debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen” (STC 98/2002, de 29 de abril, FJ 3), lo que también vendría a abonar la idea de que la acumulación de los procedimientos penales en cuestión se traduce en una acumulación, asimismo, de los períodos pasados en situación de prisión provisional en cada uno de ellos. Tal es, en definitiva, el criterio que hemos adoptado en otras ocasiones [por todas, SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 4; y 98/2002, de 29 de abril, FJ 4 e)] al establecer que no resulta posible determinar el plazo máximo de prisión provisional teniendo en cuenta por separado cada uno de los delitos imputados en una misma causa, ya que este criterio haría depender dicho plazo de un elemento incierto y conduciría a un resultado superior a todo plazo razonable. Pues, como ya indicábamos en este mismo sentido en la STC 19/1999, de 22 de febrero, FJ 5, “el hecho de que en una misma causa se enjuicien plurales delitos no

permite, según nuestra jurisprudencia... que el plazo máximo de la prisión provisional pueda establecerse multiplicando los plazos legales por el número de delitos imputados” pues ello conduciría “a un resultado notoriamente superior a todo plazo razonable”.

Es de señalar que, en el caso que dio origen a la resolución acabada de citar, llegamos a la conclusión de que debía incluirse, dentro del plazo máximo de prisión provisional, el período de tiempo pasado en prisión por motivo del cumplimiento de la pena correspondiente a la comisión de otro delito completamente distinto, conclusión que se opone a la alcanzada por las resoluciones judiciales recurridas en el sentido de entender que no podía considerarse en situación de preso preventivo a aquel acusado que estuviera preso en calidad de penado. Pues bien: siendo esto así, con mayor razón aún debe entenderse en el presente caso que el período de tiempo pasado en situación de prisión provisional por motivo de la imputación de unos hechos ciertamente separados en el tiempo de otros que también dieron lugar a la imposición de dicha medida cautelar excepcional, pero que posteriormente fueron declarados conexos con estos últimos al efecto de ser enjuiciados en una misma causa, ha de ser tenido en cuenta a la hora de efectuar el cómputo del tiempo total pasado en dicha situación. Lo que viene a significar que, efectivamente, las resoluciones judiciales recurridas han vulnerado el derecho del actor a la libertad personal, al haberse superado el plazo máximo de prisión provisional sin que hubiera sido previamente acordada su prórroga.»

(STC 81/2004, de 5 de mayo. Recurso de amparo núm. 6631/2002. Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, «BOE» de 28 de mayo de 2004)

ARTÍCULO 18.1

Derecho a la intimidad personal en el ámbito laboral

«Constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3; 57/1994, de 18 de febrero, FJ 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4, o 127/2003, de 30 de junio, FJ 7, entre otras).

El artículo 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; 89/1987, de 3 de junio, FJ 3; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3, y, en general, las SSTC 134/1999, de 15 de julio; 144/1999, de 22 de julio, y 115/2000, de 10 de mayo). De ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones, salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada (SSTC 44/1999, de 5 de abril, FJ 4; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 16, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10)

o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5).

El artículo 18.1 CE impide, por tanto, decíamos en la STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 8, las injerencias en la intimidad “arbitrarias o ilegales”. De lo que se concluye que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida.

3. Estando en cuestión la posible vulneración del artículo 18.1 CE en el marco de una relación laboral, debe recordarse que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a su intimidad personal (por todas, STC 98/2000, de 10 de abril, FJ 6). Las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del Texto constitucional legítima que quienes prestan servicios en aquéllas, por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional (SSTC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2; 106/1996, de 12 de junio, FJ 5, y 197/1998, de 13 de octubre, FJ 2, entre muchas otras). La efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los artículos 33 y 38 CE.

Hemos afirmado en alguna ocasión que los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desempeña su actividad no se integran, en principio, en la esfera privada de la persona (SSTC 180/1987, de 12 de noviembre, FJ 4; 142/1993, de 22 de abril, FJ 7, y 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; y ATC 30/1998, de 28 de enero, FJ 2), y también hemos reconocido que “mediante un análisis detallado y conjunto de los mismos, es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima, personal y familiar del trabajador (SSTC 142/1993, de 22 de abril, FJ 8; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2, y 98/2000, de 10 de abril, FJ 6), en cuyo ámbito se encuentran, sin duda, las referencias a la salud” (STC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2).

{.../...}

La Constitución, en su artículo 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones –art. 18.2 y 3 CE–), mas ello no significa que sea un derecho absoluto, pues puede ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la evitación y prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud. Ese interés público es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en el marco de la relación laboral. Claro que, como ha puesto de relieve nuestra jurisprudencia en el terreno del propio derecho fundamental a la intimidad personal, las posibles limitaciones deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 16).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido en cuenta también estas exigencias, pues refiriéndose a la garantía de la intimidad individual y familiar del artículo 8 CEDH, reconociendo que pudiera tener límites como la seguridad del Estado (STEDH, caso *Leander*, de 26 de marzo de 1987), o la persecución de infracciones penales (*mutatis mutandis*, SSTEDH, casos *Funke*, de 25 de febrero de 1993, y *Z*, de 25 de febrero de 1997), ha exigido que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *X e Y*, de 26 de marzo de 1985; caso *Leander*, de 26 de marzo de 1987; caso *Gaskin*, de 7 de julio de 1989; *mutatis mutandis*, caso *Funke*, de 25 de febrero de 1993; y caso *Z*, de 25 de febrero de 1997). La norma habilitante, en suma, deberá concretar las restricciones alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos, pues vulnerará la intimidad personal si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11).»

(STC 196/2004, de 15 de noviembre. Recurso de amparo núm. 1322/2000. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 21 de diciembre de 2004)

Vid. comentario de jurisprudencia al epígrafe «Delitos contra el honor» de los artículos 205 y siguientes del Código Penal.

ARTÍCULO 18.2

Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Entrada y registro en habitaciones dentro de residencias militares

«Como se afirmaba en la STC 10/2002, de 17 de enero (FFJJ 5 y 6), [.../...], y se ha recordado después en la STC 22/2003, de 10 de febrero, la norma constitucional que proclama la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliarios (art. 18.2 CE), a pesar de la autonomía que la Constitución Española reconoce a ambos derechos, constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1 CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. De modo que si el derecho proclamado en el artículo 18.1 CE tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad, el derecho a la inviolabilidad domiciliaria protege “un ámbito espacial determinado”, dado que en él ejercen las personas su libertad más íntima, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada. Por ello, hemos afirmado que la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona.

Entre otras consecuencias, tal carácter instrumental determina que el concepto constitucional de domicilio tiene mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo de domicilio y no admite “concepciones reduccionistas” (por

todas SSTC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5, y 10/2002, de 17 de enero, FJ 6 *in fine*). Por ello, hemos afirmado en el fundamento jurídico 8 de la citada STC 10/2002 que “el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el artículo 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada”. Así como que “el propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros”. De ahí extrajimos la consecuencia, al declarar la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el artículo 557 de la LECrim, de que “las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquéllos, habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada”.

Esta declaración que realizamos respecto de las habitaciones de los hoteles es extensible con mayor razón aún a las habitaciones ocupadas por quienes son definidos en las normas de régimen interior de la residencia militar como usuarios permanentes, máxime cuando [.../...], la función de estos alojamientos es facilitar aposentamiento a los militares destinados en una determinada plaza, como expresamente prevé la Orden ministerial 348/1996 que regula su uso. Ya afirmamos en la STC 10/2002, tantas veces citada, que incluso “ni la accidentalidad, temporalidad, o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje pueden constituir obstáculos a su consideración”, pues son “espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada, siempre que en ellos se desarrolle”.

Así pues, no cabe duda alguna de que las habitaciones de las residencias de los militares en la medida en que sean lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada y efectivamente estén destinadas a tal desarrollo, aunque sea eventual, constituyen el domicilio de quienes las tienen asignadas a los efectos de la protección que les dispensa el artículo 18.2 CE.

3. Como hemos afirmado reiteradamente desde la STC 22/1984, de 17 de febrero, la protección constitucional del domicilio en el artículo 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera define su “inviolabilidad”, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido como garantía de que el ámbito de privacidad, dentro del espacio limitado que la propia persona elige, resulte “exento de” o “inmune a” cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. La segunda, que supone una aplicación concreta de la primera, establece la inter-

dicción de la entrada y el registro domiciliarios, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 3 y 5; 10/2002, de 17 de enero, FJ 5; y 22/2003, de 10 de febrero, FJ 3). De modo que el contenido del derecho es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro. La garantía judicial aparece así, según hemos dicho en la STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8, como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no —como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución— a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial sirve para decidir, en casos de colisión de derechos e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del artículo 18.2 CE u otros valores constitucionalmente protegidos. Se trata, por tanto, de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación preventiva de los intereses en juego como garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio, antes de que se proceda a cualquier entrada o registro y como condición ineludible para realizar éste, en ausencia de consentimiento del titular.»

(STC 189/2004, de 2 de noviembre. Recurso de amparo núm. 929/2002. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 2 de diciembre de 2004)

ARTÍCULO 20

Conflicto entre libertad de información y derecho al honor. Examen de la relevancia pública y la veracidad del contenido. Reportaje neutral

«En estos casos, 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 judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales (entre muchas, SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 2; 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 21/2000, de 31 de enero, FJ 2; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 5; 282/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 3; y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 2)” (STC 158/2003, de 15 de septiembre, FJ 2).

[.../...]

Recordábamos en la citada STC 158/2003, de 15 de septiembre (FJ 3), que “este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en torno a los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, coincidente en lo sustancial con la desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos al interpretar el artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 2). Dicha doctrina parte de la posición especial que en nuestro ordenamiento ocupa la libertad de información que no sólo protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento y garantía de la existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4, y las allí citadas). El valor preferente o prevalente de este derecho ha sido sin embargo relativizado en nuestra jurisprudencia, negando su supremacía 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, frente al derecho al honor garantizado en el artículo 18.1 CE, a que la información se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz (SSTC 138/1996, de 16 de septiembre, FJ 3; 144/1998, FJ 2; 21/2000, FJ 4; 112/2000, FJ 6; y 76/2002, de 8 de abril, FJ 3)".

[.../...]

El criterio a utilizar en la comprobación de la relevancia pública de la información incluye tanto la materia u objeto de aquélla, que debe referirse a asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública; como las personas implicadas en los hechos relatados, que deben tener el carácter de personaje público o con notoriedad pública (SSTC 144/1998, de 30 de junio, FJ 2; 134/1999, de 15 de julio, FJ 8; 11/2000, de 17 de enero, FJ 8, y 112/2000, de 5 de mayo, FJ 7). En la categoría de "personajes públicos" deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, quienes deben soportar, en su condición de tales, el que las actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tenga una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos (STC 148/2001, de 27 de junio, FJ 6).

En estos casos, y en tanto lo divulgado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del artículo 18.1 CE. Por el contrario, fuera de tales supuestos, y cuando lo divulgado venga acompañado de expresiones formalmente injuriosas o se refiera a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información, es evidente que el personaje público es, a todos los efectos, un particular como cualquiera (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7).

[.../...]

Sobre la veracidad de la información, este Tribunal ha establecido una consolidada doctrina según la cual este requisito constitucional "no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, de 21 de enero; 105/1990, de 6 de junio; 171/1990, de 12 de noviembre; 172/1990, de 12 de noviembre; 40/1992, de 30 de marzo; 232/1992, de 14 de diciembre; 240/1992, de 21 de diciembre; 15/1993, de 18 de enero; 178/1993, de 31 de mayo; 320/1994, de 28 de noviembre; 76/1995, de 22 de mayo; 6/1996, de 16 de enero; 28/1996, de 26 de febrero; 3/1997, de 13 de enero; 144/1998, de 30 de junio; 134/1999, de 15 de julio, y 192/1999, de 25 de octubre).

La razón se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea –veraz– no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como –hechos– haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (SSTC 6/1988, de 21 de enero; 28/1996, de 26 de febrero; 52/1996, de 26 de marzo; 3/1997, de 13 de enero; 144/1998, de 30 de junio). De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información” (SSTC 21/2000, de 31 de enero, FJ 5; 46/2000, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2000, de 25 de febrero, FJ 5; y 158/2003, de 15 de septiembre, FJ 4).

Precisando el alcance de la diligencia exigible a un profesional de la información, hemos señalado asimismo que “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 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3, entre otras muchas). En este sentido, hemos establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento de este requisito constitucional, y que aparecen recogidos en las citadas Sentencias. Entre otros, hemos señalado que el nivel de diligencia exigible “adquirirá su máxima intensidad –cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere– (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7; 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5; 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3, 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, y 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3)”. Y continuábamos diciendo que “también debe valorarse a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo –la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia– o –la transmisión neutra de manifestaciones de otro– (STC 28/1996). Sin descartar además la utilización de otros muchos criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos, como son, entre otros, los que se aluden en la STC 240/1992 y se reiteran en la STC 28/1996: –el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.– (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 6)” (STC 158/2003, de 15 de septiembre, FJ 4).

[.../...]

Al hablar del requisito de la veracidad este Tribunal se ha referido en algunas ocasiones a la “información rectamente obtenida y difundida” (SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5; 3/1997, de 13 de enero, FJ 2; 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5, y 4/1996, de 16 de enero, FJ 4), o a la “información rectamente obtenida y razonablemente contrastada” (STC 123/1993, de 19 de abril, FJ 4) como aquella que efectivamente es amparada por el Ordenamiento, por oposición a la que no goza de esta garantía constitucional por ser fruto de una conducta negligente, es decir, de quien actúa con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, o de quien comunica simples rumores o meras invenciones. En estos y en otros pronunciamientos (SSTC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 3, y 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7), la información “rectamente obtenida” se ha asociado a la diligencia observada en la contrastación o verificación de lo informado, que debe tener en cuenta, entre otros extremos, las circunstancias relativas a la fuente de información. Al respecto hemos declarado que cuando la fuente que proporciona la noticia reúne las características objetivas que la

hacen fidedigna, seria o fiable, puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud de la fuente (STC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5); por el contrario, la remisión a fuentes indeterminadas resulta insuficiente para dar por cumplida la diligencia propia del informador (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 8).

Nuestra jurisprudencia ha vinculado, pues, la información “rectamente obtenida” con el requisito de la veracidad, entendida como cumplimiento del deber de diligencia en la contrastación de la información; pero nunca hemos relacionado esa exigencia con la de que la obtención de los datos sea legítima, ni, por tanto, con el secreto de sumario (en el mismo sentido, STC 158/2003, de 15 de septiembre, FJ 5).

[.../...]

Hemos de analizar si estamos o no ante un “reportaje neutral”, cuyas notas características sintetizábamos en nuestra STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 4. Según la doctrina allí establecida, para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos:

“a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4, y 52/1996, de 26 de marzo, FJ 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones [STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4 b]).

b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 5) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996, de 16 de enero, Voto Particular), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido”.

Cuando se reúnen ambas circunstancias, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: si concurren ambas circunstancias, el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad. Como dijimos en la STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 4, “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, de 21 de diciembre, FJ 7, y 144/1998, de 30 de junio, FJ 5)”; de este modo, la ausencia o el cumplimiento imperfecto de los señalados requisitos determinarán el progresivo alejamiento de su virtualidad exoneratoria.»

(STC Pleno 54/2004, de 15 de abril. Recurso de amparo núm. 988/1998. Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, «BOE» de 18 de mayo de 2004. En el mismo sentido, STC 136/2004, de 13 de septiembre. Recurso de amparo núm. 1184/1999. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps, «BOE» de 14 de octubre de 2004. Y STC 171/2004, de 18 de octubre. Recurso de amparo núm. 5037/2000. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» de 19 de noviembre de 2004)

Derecho a la libertad científica

«En ocasiones anteriores nos hemos ocupado del derecho a la libertad de creación literaria para afirmar que “no es sino una concreción del derecho –también reco-

nocido y protegido en el apartado *a*) del mismo— a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones” (STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5). Ahora debemos hacer lo propio con el derecho a la creación y producción científica, ahondando en las referencias de nuestra jurisprudencia al artículo 20.1 *b*) CE (*vid.* SSTC 178/1989, de 2 de noviembre, y 145/1993, de 16 de abril; y AATC 266/1983, de 8 de junio; 560/1983, de 16 de noviembre; 130/1985, de 27 de febrero; 271/1989, de 22 de mayo; 261/1993, de 22 de julio; y 202/1994, de 9 de junio), y refiriéndonos, en particular, a la historiografía.

Pues bien, es posible colegir que la libertad científica —en lo que ahora interesa, el debate histórico— disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, ya que mientras que éstas se refieren a hechos actuales protagonizados por personas del presente, aquélla, participando también de contenidos propios de las libertades de expresión e información —pues no deja de ser una narración de hechos y una expresión de opiniones y valoraciones y, en consecuencia, información y libre expresión a los efectos del art. 20.1 *a*) y *d*) CE— se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término (su libre desarrollo es fundamento del orden político y de la paz social: art. 10.1 CE), se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos. Por lo demás, sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática.

Como dijimos en nuestra STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 7, el “requisito de veracidad no puede, como es obvio, exigirse respecto de juicios o evaluaciones personales y subjetivas, por equivocados o mal intencionados que sean, sobre hechos históricos”. A lo que, de otra parte, hemos añadido en nuestra STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 2, que “la libertad de expresión comprende la de errar y otra actitud al respecto entra en el terreno del dogmatismo [...]. La afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa [...]. Nuestro juicio ha de ser en todo momento ajeno al acierto o desacierto en el planteamiento de los temas o a la mayor o menor exactitud de las soluciones propugnadas, desprovistas de cualquier posibilidad de certeza absoluta o de asentimiento unánime por su propia naturaleza, sin formular en ningún caso un juicio de valor sobre cuestiones intrínsecamente discutibles, ni compartir o discrepar de opiniones en un contexto polémico”. Tanto más ha de ser esto así para las libertades de expresión e información inherentes al ejercicio de la libertad científica en el terreno histórico.

De un lado, porque, según acabamos de decir, la distancia en el tiempo diluye la condición obstativa de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del artículo 20 CE. De otro, porque el encuadramiento de una actividad en el ámbito de la investigación histórica y, por tanto, en el terreno científico supone ya de por sí un reforzamiento de las exigencias requeridas por el artículo 20 CE en punto a la veracidad de la información ofrecida por el investigador, esto es, a su diligencia. Por todo ello, la investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su

difusión pública, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica.

Como hemos dicho a propósito de la libertad de información, también la libertad científica comporta una participación subjetiva de su autor, tanto en la manera de interpretar las fuentes que le sirven de base para su relato como en la elección del modo de hacerlo (STEDH caso *Lingens*, de 8 de julio de 1986, § 41; SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5; 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 2; 192/1999, de 25 de octubre, FJ 4, y 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 10). Este Tribunal ya ha dicho que la veracidad exigida constitucionalmente a la información no impone en modo alguno que se deba excluir, ni podría hacerse sin vulnerar la libertad de expresión del artículo 20.1 a) CE, la posibilidad de que se investigue el origen o causa de los hechos, o que con ocasión de ello se formulen hipótesis al respecto, como tampoco la valoración de esas mismas hipótesis o conjeturas (STC 171/1990, de 12 de noviembre). Lo mismo debemos decir de la libertad científica del art. 20.1 b) CE.»

(STC 43/2004, de 23 de marzo. Recurso de amparo núm. 1565/1999. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 23 de abril de 2004)

Derecho a la libertad de expresión de Abogado en ejercicio del derecho de defensa

«La cuestión debe resolverse acudiendo a la consolidada doctrina que sobre esta especial manifestación de la libertad de expresión ha ido sentando nuestro Tribunal, y que aparece sintetizada en el fundamento jurídico segundo de la STC 65/2004, de 19 de abril, con remisión a las anteriores 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, y 117/2003, de 16 de junio. En aquel fundamento jurídico, referido a la Ley Orgánica del Poder Judicial antes de su modificación por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, se dice literalmente:

“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 ss. de la LOPJ sobre la corrección disciplinaria de los Abogados que intervienen en los mismos. 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 se indica en 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; 205/1994, de 11 de julio, FJ 5). La primera exigencia aparece contemplada en el artículo 437.1 de la 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 de la LOPJ, ‘los Abogados y Procuradores serán también corregidos disciplinariamente por su actuación ante los Juzgados y Tribunales cuando en su actuación forense faltasen oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los Jueces y Tribunales, Fiscales, Abogados, Secretarios Judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso’ (SSTC 38/1988, de 9 de marzo, FJ 2; 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 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 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)”.
[...]

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” (por todas, SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 2; 79/2002, de 8 de abril, FJ 2; y 117/2003, de 16 de junio, FJ 4). Por ello, 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 habremos de atender principalmente al significado de las concretas expresiones utilizadas, 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 repa-

ración de un derecho fundamental que se entiende conculcado” (SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 3; 235/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 117/2003, de 16 de junio, FJ 4; y 65/2004, de 19 de abril, FJ 4, por todas).

En consecuencia, para comprobar si el indicado límite ha sido franqueado en el presente caso, habremos de atender al significado de las concretas expresiones utilizadas y al contexto procesal en que han sido empleadas por el recurrente. En tal sentido resulta pertinente recordar que la corrección disciplinaria impuesta al Letrado recurrente tiene su origen en la controversia lingüística entablada con la Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona, con motivo de la decisión de ésta en emplear la lengua catalana como lengua del proceso, pese a alegar el recurrente, en su condición de Abogado defensor, indefensión por desconocimiento de la lengua catalana, invocando al efecto lo dispuesto en el artículo 231.2 LOPJ. Pues bien, sin perjuicio del derecho que asistía al recurrente para postular que la lengua utilizada en el proceso fuese el castellano, es lo cierto que referirse a la actuación judicial con frases tales como “S.S.” me merece todo el respeto, pero de su ciencia jurídica preferimos no opinar”, “Parece una auténtica tomadura de pelo”, “Decir lo que ha dicho la Ilma. Sra. Jueza nos parece una aberración y un desafuero”, o “Lo único que podría condensar es un presunto abuso de autoridad del Sr. Secretario y de S.S.”, entraña un evidente menosprecio de la función judicial que en nada se ordena a la defensa de los intereses del defendido por el demandante de amparo y que, por esto mismo, no puede encontrar cobertura o justificación en la libertad de expresión del Letrado en el ejercicio de sus funciones de defensa, como señala el Tribunal Superior de Justicia.

En efecto, las reseñadas son expresiones innecesarias a efectos del derecho de defensa y no constituyen una crítica a las resoluciones judiciales, a su contenido o los razonamientos expuestos en las mismas, sino que se dirigen directamente a la titular del órgano judicial, sin más ánimo que el de descalificarla y menospreciarla, siendo expresiones que si bien no encierran ningún insulto directo, sí que resultan sin duda objetivamente ofensivas y vejatorias para un Juez en el desempeño de la función judicial, y merecen una valoración semejante a la que en diversas ocasiones ha justificado ya la desestimación, ya la inadmisión de otros recursos de amparo (*ad exemplum*, SSTC 46/1998, de 2 de marzo, y 226/2001, de 26 de noviembre, y AATC 76/1999, de 16 de marzo, y 10/2000, de 11 de enero)».

(STC 197/2004, de 15 de noviembre. Recurso de amparo núm. 542/2001. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes, «BOE» de 21 de diciembre de 2004. Las referencias de artículos de la LOPJ son anteriores a la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre)

«Resulta evidente que a las expresiones utilizadas pueden atribuírsele diversos significados. Dicho de otro modo, no presentan como único significado el que les han atribuido los órganos judiciales al justificar la corrección disciplinaria, ni tampoco únicamente el más benigno que el recurrente ofrece en su defensa. Las expresiones utilizadas se refieren, indudablemente, a la Sentencia impugnada, aunque trascienden a su autora intelectual, mas no apreciamos que no se trate de términos empleados para defender la petición de nulidad que se postulaba, pues ésta, según el artículo 238 de la LOPJ entonces vigente, puede basarse, entre otras razones, en haber prescindido “total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley”, supuesto de que, de concurrir en este caso, supondría en lenguaje coloquial un error jurídico de tal magnitud que algunos podrían tachar de auténtica “barbaridad” o una “falsedad”.

Por ello cabe concluir que las expresiones vertidas en la vista oral vienen amparadas en la libertad de expresión del Letrado que, precisamente por su carácter espe-

cífico, le permite una mayor “beligerancia en los argumentos” (STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6) dada su conexión con el derecho de defensa de la parte. En definitiva, el Abogado recurrente actuó en este caso en defensa de su cliente, intentando justificar la impugnación de la Sentencia de instancia en términos que, pese a su rotundidad, no pueden considerarse fuera del alcance de la protección que otorga la libertad de expresión en la defensa letrada. En consecuencia, los Acuerdos ahora recurridos, al sancionar al demandante de amparo exclusivamente por la utilización de tales términos aun después de haberle retirado el uso de la palabra, lo que materialmente supuso ya una importante limitación de su libertad de expresión, vulneraron esta manifestación cualificada del derecho fundamental alegado, y por ello debe otorgarse el amparo».

(STC 65/2004, de 19 de abril. Recurso de amparo núm. 6655/2001. Ponente: D. Tomás S. Vives Antón, «BOE» de 18 de mayo de 2004. Las referencias de artículos de la LOPJ son anteriores a la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre)

Derecho a la libertad de expresión en el ámbito laboral

«La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre ellos el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1 a) CE], y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación (por todas, SSTC 6/1988, de 21 de enero; 186/1996, de 25 de noviembre; o 20/2002, de 28 de enero). Lo que se ha justificado por cuanto las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el artículo 38 del Texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquéllas, por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de “feudalismo industrial” repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1 CE; STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2). La efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales debe ser compatible, por tanto, con el cuadro de límites recíprocos que pueden surgir entre aquéllos y las facultades empresariales, las cuales son también expresión de derechos constitucionales reconocidos en los artículos 33 y 38 CE. Por esa razón es necesario modular, según los casos, el ejercicio de todos ellos.

Se ha declarado también, en segundo término, que el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 20.1 a) CE se encuentra sometido a los límites que el apartado 4 del mismo precepto establece (SSTC 126/1990, de 5 de julio; 106/1996, de 12 de junio; o 186/1996, de 25 de noviembre, entre otras) y, en particular, que cuando nos situamos en el ámbito de una relación laboral las manifestaciones de una parte respecto de la otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que se derivan de la existencia de tal relación, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el marco de dicha relación (SSTC 120/1983, de 15 de diciembre; 6/1988,

de 21 de enero; 4/1996, de 16 de enero; 106/1996, de 12 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 20/2002, de 28 de enero; o 126/2003, de 30 de junio). De este modo, surge un «condicionamiento» o «límite adicional» en el ejercicio del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes en el contrato de trabajo y al que éstas han de ajustar su comportamiento mutuo (SSTC 106/1996, de 12 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 90/1999, de 26 de mayo; 241/1999, de 20 de diciembre; o 20/2002, de 28 de enero), aunque se trate de un límite débil frente al que caracteriza la intersección del derecho fundamental con otros principios y derechos subjetivos consagrados por la Constitución (STC 241/1999, de 20 de diciembre).

De ahí que este Tribunal se haya referido, por ejemplo, al deber de secreto respecto de determinados datos de empresa que pueden quedar excluidos del conocimiento público, aunque no resulte ilimitado (entre otras, STC 213/2002, de 11 de noviembre), o al desarrollo de la prestación del trabajo en empresas de tendencia ideológica (SSTC 47/1985, de 27 de marzo; o 106/1996, de 12 de junio), y ha precisado también que los derechos fundamentales del trabajador no sirven incondicionalmente para imponer modificaciones contractuales (STC 19/1985, de 13 de febrero) ni para el incumplimiento de los deberes laborales (STC 129/1989, de 17 de julio). Pero, al mismo tiempo, hemos sentado que no cabe defender la existencia de un deber genérico de lealtad con un significado omnicompreensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales (SSTC 186/1996, de 25 de noviembre; 204/1997, de 25 de noviembre; 1/1998, de 12 de enero; 197/1998, de 13 de octubre; 241/1999, de 20 de diciembre; o 192/2003, de 27 de octubre), de modo que aunque la relación laboral tiene como efecto típico la supeditación de ciertas actividades a los poderes empresariales, no basta con la sola afirmación del interés empresarial para restringir los derechos fundamentales del trabajador, dada la posición prevalente que éstos alcanzan en nuestro ordenamiento en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 CE)».

(STC 151/2004, de 20 de septiembre. Recurso de amparo núm. 3660/2002. Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, «BOE» de 22 de octubre de 2004)

ARTÍCULO 22

Libertad de asociación en su vertiente negativa

«Ante todo debe ponerse de relieve que el problema planteado en el presente recurso es idéntico al que fue objeto del recurso de amparo resuelto por Sentencia del Pleno de este Tribunal núm. 76/2003, de 23 de abril (con doctrina reiterada en las SSTC 96/2003, de 22 de mayo, 108/2003, de 6 de junio, 120/2003, de 16 de junio, 149/2003, de 14 de julio, 183/2003, de 20 de octubre y 201/2003, de 10 de noviembre). [...]

Según se afirma en la expresada STC 76/2003, en relación con el requisito de la reserva de Ley para imponer la colegiación obligatoria, el cumplimiento o no de dicha reserva no puede ser por sí solo el elemento directamente determinante de la solución que deba darse a la cuestión atinente a la alegada vulneración de la libertad negativa de asociación. De la descripción de la evolución normativa de los Colegios de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local con habilitación de carácter nacional y, en concreto, del Colegio de Valencia, resulta que la existencia del colegio

y la previsión de la colegiación obligatoria derivan, como ocurre en otros casos, de normas preconstitucionales. Pues bien, ello no implica, de conformidad con una doctrina constitucional consolidada, la nulidad de las referidas disposiciones infralegales por el hecho de que posteriormente la Constitución haya exigido un determinado rango para la regulación de tales materias».

(STC 90/2004, de 19 de mayo. Recurso de amparo núm. 1196/2002. Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar, «BOE» de 10 de junio de 2004. En sentido similar, STC 21/2004, de 23 de febrero. Recurso de amparo núm. 4608/2002. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 26 de marzo de 2004)

ARTÍCULO 23.2

Derecho a la igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos

«Conforme a reiterada doctrina constitucional —que resume la STC 233/1999, de 16 de diciembre, en su FJ 3—, “no cabe dar una respuesta unívoca y general a la cuestión relativa a los efectos de la modificación, derogación o pérdida de vigencia de una disposición legal, ulterior a su impugnación, sobre la eventual desaparición del objeto de los diversos procesos constitucionales, la cual ha de venir determinada en función de la incidencia real de la modificación o derogación, no de criterios abstractos (SSTC 111/1983, FJ 2; 199/1987, FJ 3; 385/1993, FJ 2; 196/1997, FJ 2)”. A tal respecto, este Tribunal ha señalado que en las cuestiones de inconstitucionalidad “los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable en el proceso *a quo* y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo (SSTC 111/1983, FJ 2; 199/1987, FJ 3; 168/1993, FJ 7; 385/1993, FJ 2)” (STC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 1).

[...]

En la STC 75/1983, de 3 de agosto, [...] dijimos, y debemos recordar ahora, que “la prohibición de discriminación, enunciada con carácter general en el artículo 14 CE, y concretamente en cuanto al acceso y a la permanencia en los cargos y en las funciones públicas, en el artículo 23.2 CE, responde a uno de los valores superiores que según la Constitución han de inspirar el ordenamiento jurídico español, el valor de la igualdad (art. 1.1). El derecho a la igualdad tiene así un carácter general que comprende a los servidores públicos y actúa, en el acceso a la función pública, y a lo largo de la duración de la relación funcional, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública. La edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el artículo 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad; de modo que la edad dentro de los límites que la Ley establece para el acceso y la permanencia en la función pública es una de las circunstancias comprendidas en el artículo 14 y en el artículo 23.2, desde la perspectiva excluyente de tratos discriminatorios» (FJ 3 *ab initio*). Sin embargo, como el precepto cuestionado afecta directamente al acceso a la función pública, resulta evidente que su licitud constitucional debe abordarse desde la perspectiva del artículo 23.2 CE.

Pues bien, este artículo garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio. Otorga “un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y, en último extremo, ante este Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad” (SSTC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 6, y 166/2001, de 16 de julio, FJ 2, que invocan las SSTC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 9; 193/1987, de 9 de diciembre, FJ 5; 200/1991, de 13 de mayo, FJ 2; 293/1993, de 18 de octubre, FJ 4; 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 6). El artículo 23.2 CE consagra, por sí solo, la inmediata interdicción de requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio o de referencias individualizadas y concretas [SSTC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 67/1989, de 18 de abril, FJ 2; 27/1991, de 14 de febrero, FJ 4; 353/1993, de 29 de noviembre, FJ 6; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3b); 138/2000, de 29 de mayo, FJ 5b)].

En la STC 96/2002, de 25 de abril, señalábamos que “la valoración que se realice en cada caso [del principio de igualdad en la Ley] ha de tener en cuenta el régimen jurídico sustantivo del ámbito de relaciones en que se proyecte”. Y, en lo que afecta al derecho de acceso a las funciones públicas, es la propia Constitución la que dispone, en su artículo 103.3, que el acceso a la función pública debe atenerse a los principios de mérito y capacidad. Por eso hemos señalado anteriormente y debemos ahora reiterar que, en lo que aquí interesa, “el artículo 23.2 CE impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pueden también considerarse violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre los ciudadanos [SSTC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 8; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3b)]” (STC 138/2000, de 29 de mayo, FJ 5.b).

Como se desprende de una reiterada doctrina (compuesta, además de las ya citadas, por las SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 2 y ss.; 27/1991, de 14 de febrero, FJ 4; y 99/1999, de 31 de mayo, FJ 4), el artículo 23.2 CE “no priva al legislador de un amplio margen de libertad ‘en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios, y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración’, pero establece límites positivos y negativos a dicha libertad que resultan infranqueables. En positivo, se obliga al legislador a implantar requisitos de acceso a funciones públicas que, ‘establecidos en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad’ (STC 185/1994, FJ 3; SSTC 293/1993; 353/1993 o 363/1993, entre otras) y, como consecuencia, desde una perspectiva negativa, se proscriben que dicha regulación de las condiciones de acceso a funciones públicas, ‘se haga en términos concretos e individualizados’, que equivalgan a una verdadera y propia acepción de personas (STC 185/1994, FJ 4 y las que en ella se citan)” (STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ 5). [...]

El derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas no prohíbe que el legislador pueda tomar en consideración la edad de los aspirantes, o cualquier otra condición personal. En efecto, “en cuanto la edad es en sí un elemento diferenciador será legítima una decisión legislativa que, atendiendo a ese elemento diferenciador, y a las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos” (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3).

Ahora bien, nuestra doctrina ha afirmado que corresponde a los órganos del Estado demandados en el procedimiento constitucional la carga de ofrecer los argumentos que el diferente tratamiento legal posea (SSTC 68/1982, de 22 de noviembre;

75/1983, de 3 de agosto, FJ 5). O, dicho ahora desde la perspectiva del artículo 23.2 CE, en la medida en que las normas de acceso a la función pública local incorporan un requisito relacionado con la edad, que no guarda relación con los principios de mérito y capacidad constitucionalmente establecidos (art. 103.3 CE), deben argumentar su razonabilidad en este proceso constitucional».

(STC 37/2004, de 11 de marzo. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4124/1996. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» de 6 abril de 2004)

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al proceso. Prescripción

«[El] derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene un contenido complejo que, en síntesis, comprende el acceso a la actividad jurisdiccional, la obtención de una resolución fundada en Derecho y la ejecución del fallo judicial (STC 26/1983, de 13 de abril, FJ 2 y ATC 415/1985, de 26 de junio). Y reiteradamente hemos declarado que “el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el artículo 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas” (SSTC 73/2004, de 22 de abril, FJ 3; 164/2003, de 29 de septiembre, FJ 4; y 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3, entre otras muchas).

Ahora bien, también hemos dicho que cuando la apreciación de causas legales impeditivas de un pronunciamiento sobre el fondo tiene lugar tras el completo y regular desarrollo del proceso judicial, en decisión de fondo y no *in limine litis*, y es adoptada por el propio juzgador de fondo de la pretensión, debe considerarse que lo que ha existido es una desestimación de la pretensión de fondo y no una denegación del acceso a la justicia (SSTC 42/1997, de 10 de marzo, FJ 3; 77/2002, de 8 de abril, FJ 3; ó 103/2003, de 2 de junio, FJ 4). En particular, en orden al instituto de la prescripción, hemos señalado que “no es lo mismo la apreciación de la prescripción al inicio del proceso, que después de haberlo concluido por todos sus trámites” y que “cuando la aplicación de la concurrencia de la prescripción se realiza tras el completo y regular desarrollo del proceso judicial, y en decisión adoptada por el propio juzgador del fondo de la pretensión, y no *in limine litis*, éste no se halla necesariamente vinculado por la regla hermeneútica *pro actione*, pues debe considerarse que ha existido auténtico acceso a la justicia. En definitiva, lo que ha podido existir es una desestimación de la pretensión de fondo y no una denegación del acceso a la justicia (STC 42/1997, de 10 de marzo, FJ 3), lo que no excluye la posible existencia de una lesión constitucional que, sin embargo, deberá abordarse desde la exigencia de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho, que tanto existe si resuelve acerca del fondo de la pretensión o pretensiones de las partes, como si se inadmite la acción por una causa legal debidamente acreditada, siempre y cuando el órgano judicial en este caso aplique el Derecho razonadamente y no de modo arbitrario” (STC 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 6).

[...]

Nuestra doctrina ha concretado que lo atinente a la prescripción es una cuestión de legalidad ordinaria que, por lo general, no alcanza relevancia constitucional, dado

que es a los Tribunales ordinarios a quienes les corresponde interpretar el modo de computar los plazos establecidos en las Leyes (SSTC 89/1992, de 8 de junio, FJ 3; 201/1992, de 19 de noviembre, FJ 2; 101/1993, de 26 de marzo, FJ 3; 164/1993, de 18 de mayo, FJ 2; 245/1993, de 19 de julio, FJ 5, y 322/1993, de 8 de noviembre, FJ 3). Ahora bien, cuando se trata, no del cómputo del plazo, sino de la propia existencia de la prescripción, la cuestión es de indudable trascendencia pues, aun como consecuencia indirecta, puede determinar la imposibilidad de obtener la tutela de los jueces para su reconocimiento y protección (STC 160/1997, de 26 de mayo, FJ 3). El análisis de la relevancia constitucional de esta vulneración ha de realizarse, por lo tanto, desde la constatación de si el titular del derecho ha podido ejercerlo ante los Tribunales sin impedimentos derivados de factores ajenos a su voluntad y, lógicamente, en las circunstancias fácticas del asunto enjuiciado [SSTC 42/1997, de 10 de marzo, FFJJ 2 y 3 c) y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 7]».

(STC 125/2004, de 19 de julio. Recurso de amparo núm. 3156/1999. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» de 18 de agosto de 2004)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Baremos de indemnizaciones en accidentes de tráfico

«Es conveniente partir de tres premisas que han sido reiteradamente expuestas por este Tribunal, desde la STC 181/2000, de 29 de junio, hasta nuestros días:

a) El sistema de valoración de daños a las personas de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor tiene carácter vinculante para los órganos judiciales (por todas, SSTC 181/2000, de 29 de junio, FJ 4; 19/2002, de 28 de enero, FJ 4; 102/2002, de 6 de mayo, FJ 4; o 131/2002, de 3 de junio, FJ 3).

b) El recurso de amparo no es un cauce idóneo para efectuar juicios abstractos de inconstitucionalidad de la Ley, sino un medio reparador de lesiones concretas y efectivas de derechos fundamentales, de modo que la eventual inconstitucionalidad de una Ley sólo podrá plantearse a su través cuando ello resulte imprescindible para corregir la lesión del derecho fundamental que sea achacable directamente a la aplicación del precepto legal que se reputa contrario a la Constitución (por todas, STC 223/2001, de 5 de noviembre, FJ 7); lo cual, en el caso concreto del baremo, no se producirá en aquellos supuestos en que la denegación de una pretensión indemnizatoria se produzca por falta de su acreditación en la vía judicial y no por la mecánica aplicación del sistema legal de baremación (por todas, SSTC 244/2000, de 16 de octubre, FJ 4; 21/2001, de 29 de enero, FJ 4; 9/2002, de 15 de enero, FJ 4; 31/2003, de 21 de febrero, FJ 2).

c) Finalmente, en aquellos recursos de amparo en los que se plantee una contraposición de pareceres interpretativos en relación con las concretas previsiones del baremo, el canon aplicable es el de la motivación de las resoluciones judiciales, por lo que a este Tribunal competiría únicamente analizar, en el caso en que así fuera alegado, que dicha resolución resultó motivada y fundada en Derecho de manera razonable, sin incurrir en arbitrariedad o error patente (por todas, STC 42/2003, de 3 de marzo, FJ 9).

4. Una vez expuesto lo anterior, y habida cuenta de que los recurrentes invocan el artículo 24.1 CE, vinculándolo a la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la STC 181/2000, de 29 de junio, resulta también necesario recordar que, si bien en dicha Sentencia se declaró la inconstitucionalidad de la tabla V.B por vulneración del

artículo 24.1 CE en los supuestos de culpa relevante y judicialmente declarada, el argumento determinante fue que dicha tabla, al limitarse a contemplar como criterio corrector el derivado de los ingresos netos, impedía la adecuada cuantificación real del daño en el proceso por situar extramuros de sus previsiones contenidos fundamentales de las pretensiones indemnizatorias, lo que, en última instancia, frustraba las legítimas pretensiones de restitución íntegra (FJ 20).

Esta fundamentación fue también explicitada en la STC 21/2001, de 29 de enero, al señalar que lo determinante había sido que dicha tabla no admitía ninguna previsión que permitiera la compatibilidad entre las indemnizaciones resultantes de su aplicación y la reclamación del eventual exceso de carácter complementario (FJ 4); y, especialmente, en la STC 102/2002, de 6 de mayo, cuando afirmó que lo fundamental había sido que la baremación no permite acreditar de modo independiente, de acuerdo con el resultado probatorio, la cuantificación individualizada de los perjuicios económicos o las ganancias dejadas de obtener de modo independiente (FJ 7).

Igualmente hay que recordar que la misma STC 181/2000, de 29 de junio, al pronunciarse sobre la vulneración del artículo 9.3 CE, estableció que los denominados perjuicios económicos presentan la suficiente entidad e identidad como para integrar y constituir un concepto indemnizatorio propio y que, sin embargo, el designio de uniformidad perseguido por el legislador alteraba su verdadera significación como componente individualizado del daño objeto de reparación, por lo que, en lugar de asignarle su verdadero carácter de partida o componente autónomo, dotado de propia sustantividad, en tanto que dirigido a enjugar las pérdidas o disminuciones patrimoniales que la víctima del daño haya sufrido y pueda acreditar, el sistema tras-toca este concepto indemnizatorio para reducirlo a un simple factor de corrección que se calcula sobre la base de otra partida resarcitoria de diverso contenido y alcance, que obstaculiza la individualización del daño (FJ 17).

Estos pronunciamientos, unidos a las consideraciones realizadas en la propia STC 181/2000, de 29 de junio, en la que se reiteró, al analizar la constitucionalidad de la tabla V.A, que la existencia misma de una regulación legal que establezca la cuantificación que corresponde a cada día de lesión no implica vulneración del artículo 9.3 CE (FJ 15 *in fine*), y en la STC 102/2002, de 6 de mayo, en la que se afirmó que no implica vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva la vinculación de los órganos jurisdiccionales a los criterios económicos establecidos en el baremo (FJ 7), son demostrativos de que lo determinante en la declaración de inconstitucionalidad no fue tanto que la tabla V.B impusiera un límite cuantitativo a la indemnización con el establecimiento de unos porcentajes máximos de aumento en función de los ingresos netos de la víctima como que para fijar la indemnización por pérdidas o disminuciones patrimoniales, se estableció un criterio, el de los ingresos netos, con exclusión de cualquier otro que pudiera ser acreditado, y un mecanismo que reducía este concepto indemnizatorio a ser un simple factor de corrección a calcular sobre la base de otra partida resarcitoria de diverso contenido y alcance, que negaba su propia sustantividad y obstaculizaba su individualización.

Esto es, la tacha de inconstitucionalidad radicaba de manera inmediata en un defecto cualitativo de dicha tabla por limitarse para la determinación de la indemnización por perjuicios económicos a un único criterio vinculado a los ingresos netos y en un defecto funcional por regular la determinación de esos daños sin respetar su identidad, calculado porcentualmente con base en otras partidas resarcitorias de diferente significado y alcance indemnizatorio».

(STC 222/2004, de 29 de noviembre. Recurso de amparo núm. 6533/2001. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez, «BOE» de 4 de enero de 2005)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes

«La reiterada doctrina de este Tribunal, que constituye ya un cuerpo jurisprudencial consolidado, sobre el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, recogida, entre las más recientes, en las SSTC 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 159/2000, de 12 de junio, FJ 3; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FFJJ 2 y 3; 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 59/2001, de 26 de febrero, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FFJJ 3 a 7; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6.

[...]

Aunque la protección de la integridad de las resoluciones judiciales firmes se conecta dogmáticamente con el principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución protege en su artículo 9.3, que no se ha erigido por el texto constitucional en derecho fundamental de los ciudadanos ni se ha otorgado respecto a él la vía del amparo constitucional, existe una innegable conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, pues si éste comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico ha de ser el principio de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, que así entra a formar parte de las garantías que el artículo 24.1 CE consagra (SSTC 119/1988, de 4 de junio, FJ 2; 23/1996, de 13 de febrero, FJ 2). El derecho a la tutela judicial efectiva asegura, por tanto, a los que son o han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no pueden ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (SSTC 119/1988, 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; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2)».

(STC 31/2004, de 4 de marzo. Recurso de amparo núm. 4625/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 6 de abril de 2004. En el mismo sentido, STC 89/2004, de 19 de mayo. Recurso de amparo núm. 6270/2001. Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, «BOE» de 10 de junio de 2004. Y STC 224/2004, de 29 de noviembre. Recurso de amparo núm. 5215/2002. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 4 de enero de 2005).

Vid., también, comentario de jurisprudencia del artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la ejecución de Sentencias

«Es doctrina reiterada de este Tribunal, sintetizada en el fundamento jurídico tercero de la STC 116/2003, de 16 de junio, que: “el derecho a la ejecución de Sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial” (entre las más recientes, SSTC 144/2000, de 29 de mayo, FJ 6; 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4; y 3/2002, de 14 de enero, FJ 4). No obstante, hemos advertido que “el alcance de las posibilidades de control, por parte de este Tribunal, del cumplimiento de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE) no es ilimitado” (STC 240/1998, de 15 de diciembre, FJ 2; 170/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; y 3/2002, de 14 de enero, FJ 4), pues es también doctrina constitucional consolidada que “la interpretación del sentido del fallo de las resoluciones judiciales es una función estrictamente jurisdiccional que, como tal, corresponde en exclusiva a los órganos judiciales” (STC 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4; y 3/2002, de 14 de enero, FJ 4). Por esta razón, el control que este Tribunal puede ejercer sobre el modo en que los Jueces y Tribunales ejercen esta potestad se limita a comprobar si estas decisiones se adoptan de forma razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se ejecuta. De ahí que sólo en los casos en los que estas resoluciones sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables [SSTC 87/1996, de 21 de mayo, FJ 5; 163/1998, de 14 de julio, FJ 2 b); 202/1998, de 14 de octubre, FJ 2; 240/1998, de 15 de diciembre, FJ 2; 106/1999, de 14 de junio, FJ 3] o incurran en error patente, podrán considerarse lesivas del derecho que consagra el artículo 24.1 CE (SSTC 322/1994, de 25 de noviembre, FJ 3; 77/1996, de 20 de mayo, FJ 2; 202/1998, de 18 de noviembre, FJ 4; y 3/2002, de 14 de enero, FJ 4)».

En efecto, el derecho a la ejecución de las Sentencias en sus propios términos impide que en fase de ejecución los órganos judiciales lleven a cabo interpretaciones de los fallos que, por alterarlos o apartarse de ellos, incurran en arbitrariedad, incongruencia, irrazonabilidad o error. Y ello incluso aunque la variación o revisión de la resolución que debe ser ejecutada se produzca en supuestos en los que los órganos judiciales ejecutantes entendieren con posterioridad que la decisión adoptada no se ajusta a la legalidad, pues constituye una manifestación tanto del principio de seguridad jurídica como del derecho a la tutela judicial efectiva que las resoluciones judiciales firmes no pueden ser modificadas al margen de los supuestos y cauces taxativamente establecidos en la Ley (SSTC 56/2002, de 11 de marzo, FJ 4; y 31/2004, de 4 de marzo, FJ 6; por todas).

Esta regla general encuentra, no obstante, una excepción: “ni la seguridad jurídica ni la efectividad de la tutela judicial alcanzan a integrar un supuesto derecho a beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción de la Sentencia que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la misma (SSTC 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 140/2001, FJ 3). Por ello, hemos mantenido que el llamado recurso de aclaración —remedio procesal previsto con carácter general en el art. 267 LOPJ— es compatible con el derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 CE. Ahora bien, esta vía de aclaración debe ser utilizada únicamente en los concretos casos para los que está prevista, esto es, para aclarar conceptos oscuros, suplir omisiones o rectificar errores materiales manifiestos y los aritméticos, sin que, por tanto, pueda servir ni para poner remedio a una falta de fundamentación jurídica (por todas, STC 59/2001, de 26 de febrero, FJ 2), ni para reinterpretar la Sentencia pretendidamente aclarada o corregida, ni para rectificar errores

de Derecho, por más que el órgano judicial sea consciente de los mismos (entre otras muchas, STC 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2)” (SSTC 56/2002, de 11 de marzo, FJ 4; y 31/2004, de 4 de marzo, FJ 6).

La aplicación del canon constitucional de fiscalización reseñado exige el contraste del fallo de la resolución objeto de ejecución (interpretado de acuerdo con la fundamentación y con el resto de los extremos del pleito) con lo posteriormente resuelto para ejecutarlo, para apreciar si hubo una correcta ejecución o, por el contrario, una separación irrazonable, arbitraria o errónea en relación con el significado y con el alcance de los pronunciamientos de la parte dispositiva de la resolución que se ejecuta (SSTC 116/2003, de 16 de junio, FJ 3; y 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2)».

(STC 190/2004, de 2 de noviembre. Recurso de amparo núm. 3562/2002. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 2 de diciembre de 2004)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a los recursos

«Con arreglo a reiterada doctrina de este Tribunal, constituye una garantía esencial del justiciable que el derecho a la tutela judicial efectiva comprenda el de obtener una resolución fundada en Derecho, que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello. Pero dicho derecho también se satisface con una resolución judicial de inadmisión, o de desestimación por algún motivo formal, cuando concurra alguna causa de inadmisibilidad, y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma (entre otras, STC 71/2002, de 8 de abril, FJ 3). Este derecho a la obtención de una resolución sobre el fondo se extiende tanto al ámbito del acceso a la primera respuesta judicial como a la fase de recurso, si bien con diferente alcance según se trate del primer acceso a la jurisdicción o a los recursos legalmente previstos (STC 59/2003, de 24 de marzo, FJ 2).

En efecto, de acuerdo con nuestra doctrina, sintetizada en la STC 59/2003, de 24 de marzo, FJ 2, “en la fase de recurso el principio *pro actione* pierde intensidad, pues el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución sino de lo que hayan dispuesto las Leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 71/2002, de 8 de abril, FJ 3), por lo que las decisiones judiciales de inadmisión no son, en principio, revisables en la vía de amparo. Esta regla general encuentra su excepción en aquellos supuestos en los que las resoluciones judiciales vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que, configurado legalmente el recurso, el artículo 24.1 CE garantiza también su utilización (SSTC 63/1992, de 29 de abril, FJ 2; 63/2000, de 13 de marzo, FJ 2). Ahora bien, en consonancia con la operatividad más restringida del principio *pro actione* en relación con el derecho de acceso a los recursos, el canon de constitucionalidad al que son sometidas por parte de este Tribunal las resoluciones judiciales que declaran la inadmisibilidad de un recurso, excluyendo el pronunciamiento sobre el fondo en la fase impugnativa del proceso, es más limitado que el que deben superar las resoluciones judiciales que deniegan el acceso a la jurisdicción”.

En este sentido, constituye doctrina de este Tribunal, recordada en la STC 71/2002, de 8 de abril (FJ 3), que la decisión sobre la admisión o no de un recurso y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que está sujeto constituye una cuestión de “legalidad ordinaria que corresponde exclusiva-

mente a los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el artículo 117.3 CE sin que este Tribunal pueda intervenir salvo que, como hemos señalado en muchas ocasiones, la interpretación o aplicación de la norma que se adopte sea arbitraria, manifiestamente infundada o producto de un error patente” (en el mismo sentido se pronuncian entre otras las SSTC 94/2000, de 10 de abril, FJ 2; 116/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 251/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 57/2001, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2001, de 31 de octubre, FJ 3; 33/2002, de 11 de febrero, FJ 2, y 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 3)».

(STC 114/2004, de 12 de julio. Recurso de amparo núm. 889/2002. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 11 de agosto de 2004. En el mismo sentido, STC 20/2004, de 23 de febrero. Recurso de amparo núm. 4160/2002. Ponente Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 26 de marzo de 2004. STC 169/2004, de 6 de octubre. Recurso de amparo núm. 3530/2002. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 9 de noviembre de 2004. STC 164/2004, de 4 de octubre. Recurso de amparo núm. 3321/2002. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas, «BOE» de 9 de noviembre de 2004. Y STC 169/2004, de 6 de octubre. Recurso de amparo núm. 3530/2002. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 9 de noviembre de 2004)

«Es doctrina consagrada que debe permitirse la utilización de cuantos recursos se consideren útiles para la defensa de los intereses de las partes, “siempre que no se vislumbre en ello una intención meramente dilatoria o defraudadora del carácter preclusivo y perentorio del plazo para demandar en amparo” (SSTC 352/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 122/1996, de 8 de julio, FJ 3; y 43/1998, de 24 de febrero, FJ 2). De tal manera que un recurso de amparo sólo puede ser tenido por extemporáneo cuando “la parte haya hecho uso de un recurso judicial improcedente, siempre que esta improcedencia sea manifiesta y notoria, de forma tal que resulte palmario el ánimo de dilatar artificiosamente el plazo legalmente fijado para la interposición de la demanda. Así pues, la razón de dicha extemporaneidad no está tanto ni solamente en el dato objetivo de la improcedencia del recurso judicial empleado, como en el hecho de que con su utilización se evidencie una prolongación indebida de la vía judicial ordinaria” (SSTC 135/1997, de 21 de julio, FJ 3; 210/1998, de 27 de octubre, FJ 2; 132/1999, FJ 2)».

(STC 131/2004, de 19 de julio. Recurso de amparo núm. 5304/2002. Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, «BOE» de 18 de agosto de 2004)

«El artículo 24.1 CE reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, derecho que comprende, como este Tribunal ha señalado con reiteración, el de acceso a los recursos legalmente establecidos. No obstante, es también doctrina reiterada de este Tribunal que el principio *pro actione* actúa con menor intensidad en los supuestos de acceso al recurso que en los casos de acceso a la jurisdicción (salvo en materia penal), y en tal sentido se viene sosteniendo que es competencia de los órganos judiciales determinar si los recursos reúnen o no los requisitos necesarios para su admisibilidad; decisión que, salvo que sea infundada, incurra en error patente, o se sustente en una interpretación desproporcionada por rigorista o excesivamente formalista de los requisitos legalmente exigidos, no podrá ser revisada por este Tribunal (entre otras muchas SSTC 256/1994, de 26 de septiembre, FJ 2; 37/1995, de 7 de febrero, FJ 2; 138/1995, de 25 de septiembre, FJ 2; 9/1997, de 14 de enero, FJ 2; 19/1998, de 27 de enero, FJ 1, y 112/2002, de 6 de mayo, FJ 2).

Junto a ello, hemos declarado también que, con la finalidad de lograr la máxima efectividad del derecho a la tutela judicial, los Jueces y Tribunales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos y evitando cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 CE, pero sin que tampoco el criterio antiformalista conduzca a prescindir de los requisitos establecidos por las leyes que ordenan el proceso y los recursos en garantía de los derechos de todas las partes (SSTC 17/1985, de 9 de febrero; 157/1989, de 5 de octubre; 64/1992, de 29 de abril).

En este sentido los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial han de llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes (*vid.* arts. 11.3, 240.2, 242 y 243 LOPJ), guardando en sus decisiones la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, y procurando, siempre que ello sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial (SSTC 163/1985, de 2 de diciembre; 117/1986, de 13 de octubre; 140/1987, de 23 de julio; 5/1988, de 21 de enero; 39/1988, de 9 de marzo; 57/1988, de 5 de abril; y 164/1991, de 18 de julio). En dicha ponderación debe atenderse a la entidad del defecto y a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, así como a su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso. E igualmente debe atenderse a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 41/1992, de 30 de marzo; 64/1992, de 29 de abril; 331/1994, de 19 de diciembre; y 145/1998, de 30 de junio), dado que, como de manera constante hemos venido reiterando, corresponde a las partes intervinientes actuar con la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de haber actuado con la diligencia razonablemente exigible (por todas, SSTC 211/1989, de 19 de diciembre, FJ 2; 235/1993, de 12 de julio, FJ 2, y 172/2000, de 26 de junio, FJ 2)».

(STC 187/2004, de 2 de noviembre. Recurso de amparo 3539/2001. Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, «BOE» de 2 de diciembre de 2004)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de defensa. Actos de comunicación procesal

«Este Tribunal ha declarado reiteradamente, como nos recuerda el Fundamento Jurídico 6 de la STC 18/2002, de 28 de enero, que el derecho de defensa, incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce el artículo 24 CE, garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales. Esta consideración impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa y evitando la indefensión (SSTC 77/1997, de 21 de abril, FJ 2; 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4, 18/2002, de 28 de enero, FJ 6).

Así, en la Sentencia 74/2001, de 26 de marzo, FJ 2, señalábamos que “es necesario traer a colación la reiterada doctrina constitucional que ha venido resaltando la importancia, en todos los órdenes jurisdiccionales, de la efectividad de los actos de comunicación procesal y, en particular, del emplazamiento, a través del cual el órgano judicial pone en conocimiento de quienes ostentan algún derecho o interés la existencia misma del proceso, dada la trascendencia que estos actos revisten para garantizar el principio de contradicción, que integra el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 334/1993, de 15 de noviembre, FJ 2; 113/1998, de 1 de junio, F. 3; 26/1999, de 8 de marzo, FJ 3). Consecuencia de todo ello es que los actos procesales de comunicación a cargo de las oficinas judiciales, y especialmente aquellos cuyos destinatarios son quienes habrían de actuar como parte en el proceso, ofrezcan una singular trascendencia, por constituir el instrumento indispensable para hacer posible la defensa en juicio de esos derechos e intereses controvertidos (STC 36/1987, de 25 de marzo), previniendo así el riesgo de una condena *inaudita parte*, sin ser oído y vencido en juicio”. “Ello impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en su realización que asegure en la medida de lo posible la recepción de las comunicaciones procesales por sus destinatarios (así, entre otras muchas, SSTC 86/1997, de 22 de abril; 42/2002, de 25 de febrero; 149/2002, de 15 de julio). De ello deriva, lógicamente, que el medio normal de comunicación procesal debe ser el emplazamiento, citación o notificación personal (últimamente SSTC 186/1997, de 10 de noviembre; 56/2001, de 26 de febrero; 149/2002, de 15 de julio)” (STC 99/2003, de 2 de junio, FJ 2)».

(STC 19/2004, de 23 de febrero. Recurso de amparo núm. 6577/2001. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» 26 de marzo de 2004)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Error patente con relevancia constitucional. Requisitos para entender vulnerado el derecho

«Es doctrina constante de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE tiene como contenidos esenciales el acceso a la jurisdicción, sin limitación de garantías ni impedimentos para alegar y demostrar en el proceso lo que se estime oportuno, y la obtención de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho, tanto si resuelve sobre el fondo de la pretensión de las partes como si inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada (por todas, SSTC 108/2000, de 5 de mayo, FJ 3, 198/2000, de 24 de julio, FJ 2, 71/2001, de 26 de marzo, FJ 3, 88/2001, de 2 de abril, FJ 3, y 89/2001, de 2 de abril, FJ 3).

[...] No toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional. En primer lugar el error ha de ser patente, manifiesto, evidente o notorio, en cuanto que su existencia sea inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales (por todas, SSTC 162/1995, de 7 de noviembre, FJ 3, 88/2000, de 27 de marzo, FJ 4, 96/2000, de 10 de abril, FJ 5, y 169/2000, de 26 de junio, FJ 2). El error ha de ser, en segundo lugar, determinante de la decisión adoptada, de forma que constituya el soporte único o fundamental de la resolución, esto es, su *ratio decidendi*; en definitiva se trata de que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, de tal modo que no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo (SSTC 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, 217/2000, de 18 de septiembre, FJ 3, 281/2000, de 27 de noviembre, FJ 3, y 25/2001,

de 26 de febrero, FJ 2). Además la equivocación debe ser atribuible al órgano que la cometió, es decir, no imputable a la negligencia o mala fe de la parte que, en tal caso, no podría quejarse, en sentido estricto, de haber sufrido un agravio del derecho fundamental (SSTC 89/2000, de 27 de marzo, FJ 2, y 150/2000, de 12 de junio, FJ 2). Por último el error ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca (SSTC 172/1985, de 16 de diciembre, FJ 7, 190/1990, de 26 de noviembre, FJ 3, y 98/2000, de 10 de abril, FJ 5)».

(STC 30/2004, de 4 de marzo. Recurso de amparo núm. 5876/2001. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 6 abril de 2004. En el mismo sentido, STC 159/2004, de 4 de octubre. Recurso de amparo núm. 2414/2000. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» de 9 de noviembre de 2004. Y STC 201/2004, de 15 de noviembre. Recurso de amparo núm. 2535/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 21 de diciembre de 2004)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia de las resoluciones judiciales. Motivación

«En cuanto a las quejas referidas a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), su examen debe comenzar por las de incongruencia recordando que desde las Sentencias 20/1982, de 5 de mayo (FFJJ 1 a 3); 14/1984, de 3 de febrero (FJ 2); 14/1985, de 1 de febrero (FJ 3); 77/1986, de 12 de junio (FJ 2); y 90/1988, de 13 de mayo (FJ 2), una jurisprudencia constante de este Tribunal ha venido definiendo dicho vicio como un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo. Al conceder más, menos o cosa distinta de 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* (por todas, SSTC 90/1988, de 13 de mayo, FJ 2, y 111/1997, de 3 de junio, FJ 2), cuyos contornos han decantado secularmente los Tribunales al depurar la aplicación de la legalidad procesal ordinaria.

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 un derecho fundamental amparado en el artículo 24.1 CE. Se ha elaborado así un cuerpo de doctrina consolidado que aparece sistematizado con cierto detalle, entre otras, en la reciente STC 114/2003, de 16 junio (FJ 3), con las siguientes palabras:

“El vicio de incongruencia [...] 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 discurra la controversia procesal (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; 5/2001, de 15 de enero, FJ 4; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 6; 135/2002, de 3 de junio, FJ 3). 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*– de tal modo que la adecuación debe extenderse tanto a la petición como a los hechos que la fundamentan (SSTC 219/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; 5/2001, de 15 de enero, FJ 4).

Dentro de la incongruencia se distingue la llamada incongruencia omisiva o *ex silentio*, que sólo tiene relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la

pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia, denegación que se comprueba examinando si existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes, sin que quepa la verificación de la lógica de los argumentos empleados por el Juzgador para fundamentar su fallo (SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 4).

También es doctrina consolidada de este Tribunal, por lo que se refiere específicamente a la incongruencia omisiva (desde nuestra temprana STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 2, hasta las más próximas SSTC 158/2000, de 12 de junio, FJ 2; 309/2000, de 18 de diciembre, FJ 6; 82/2001, de 26 de mayo, FJ 4; 205/2001, de 15 de octubre, FJ 2; 141/2002, de 17 de junio, FJ 3); y también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias *Ruiz Torija c. España* e *Hiro Balani c. España*, de 9 de diciembre de 1994), que no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela efectiva, y que tales supuestos no pueden resolverse de manera genérica, sino que es preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, primero, si la cuestión fue suscitada realmente en el momento oportuno (SSTC 1/2001, de 15 de enero, FJ 4; 5/2001, de 15 de enero, FJ 4), y, segundo, si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE o si, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva. Para ello debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Respecto de las alegaciones, y salvo que se trate de la invocación de un derecho fundamental (STC 189/2001, de 24 de septiembre, FJ 1), puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas, pudiendo bastar, en atención a las particulares circunstancias concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Respecto de las pretensiones, en cambio, la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse, no ya que el órgano judicial ha valorado la pretensión, sino además los motivos de la respuesta tácita (por todas, STC 85/2000, de 27 de marzo, FJ 3).

En fin, es pertinente recordar que la congruencia es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar a este Tribunal. Por lo tanto, la incongruencia omisiva es un quebrantamiento de forma que sólo determina vulneración del artículo 24.1 CE si provoca la indefensión de alguno de los justiciables, alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia (STC 169/2002, de 30 de septiembre, FJ 2)".

La jurisprudencia constante de este Tribunal ha considerado que la razón por la que se pide o *causa petendi* no puede ser objeto de modificación por el Tribunal sin incurrir en una incongruencia prohibida en el plano constitucional. Una modificación de esta índole significa una alteración de la acción que se ejerce en cada caso, sin oportunidad de debate ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*, con evidente indefensión (SSTC 177/1985, de 18 de diciembre, FJ 4; 5/1990, de 18 de enero, FJ 4; 44/1993, de 8 de febrero, FFJJ 2 y 3; 305/1994, de 14 de noviembre, FJ 2; 94/1997, de 8 de mayo, FJ 2; 136/1998, de 29 de junio, FJ 2; 96/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 227/2000, de 2 de octubre, FJ 2; 40/2001,

de 12 de febrero, FJ 4; 45/2003, de 3 de marzo, FJ 3; 110/2003, de 16 de junio, FJ 2, entre otras muchas).

En relación con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) desde la perspectiva de la motivación de las resoluciones judiciales, la STC 214/1999, de 29 de noviembre, ha efectuado un importante esfuerzo de sistematización de la doctrina formulada por este Tribunal en resoluciones anteriores, extrayendo también algunas consecuencias de la misma. Y así señala que el derecho a la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales; pero en este caso serían esos derechos los vulnerados, y no el artículo 24.1 CE. El recurso de amparo no es, pues, un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico al caso: si lo fuera el Tribunal Constitucional se convertiría en un órgano de casación o de apelación universal y quedaría desvirtuada la naturaleza propia del proceso constitucional de amparo (por todas, SSTC 148/1994, FJ 4; 309/1994, FJ 2).

Es cierto que en numerosas Sentencias este Tribunal ha declarado que para que quepa admitir, desde la perspectiva constitucional, que una resolución judicial está razonada es necesario que el razonamiento en ella contenido no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente; también es cierto, y esto es lo que aquí interesa, que en algunas Sentencias este parámetro de control se ha aplicado –normalmente como *obiter dicta* sin trascendencia en el fallo –SSTC 23/1987; 90/1990; 24/1990; 180/1993; 148/1994; 241/1994; 309/1994 y 5/1998, entre otras–, aunque en alguna ocasión como *ratio decidendi* de la estimación del amparo solicitado –SSTC 22/1994, 126/1994, 112/1996 o 147/1999– a procesos constitucionales de amparo en los que la controversia se refería únicamente a la selección, interpretación y aplicación de la legalidad infraconstitucional. Con todo, para que en estos supuestos la aplicación del canon de la arbitrariedad, la irrazonabilidad y el error patente no entre en abierta contradicción con la premisa de que el recurso de amparo no es cauce para dirimir discrepancias relativas a la selección, interpretación y aplicación de la legalidad a los casos concretos, conviene precisar que en estos supuestos el referido test debe aplicarse de forma cualitativamente distinta y, por supuesto, mucho más restrictiva que en los casos en los que la controversia constitucional afecta a contenidos propios y específicos del derecho a la tutela judicial efectiva, como pueden ser el acceso a la jurisdicción o, con otra intensidad, el acceso a los recursos.

En rigor, cuando lo que se debate es, como sucede en este caso, la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos procesales típicos del artículo 24.1 CE o a otros derechos fundamentales, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de una motivación o razonamiento que merezca tal nombre. En estos casos, ciertamente excepcionales, la aparente contradicción con la mentada premisa no existe, puesto que, como queda dicho, la falta de motivación y de razonamiento constituye uno de los contenidos típicos del artículo 24.1 CE. Es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad debe tenerse por inexistente; pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argu-

mental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas” (FJ 4).

La doctrina transcrita se reitera en SSTC 155/2001, de 2 de julio, FJ 5; 228/2001, de 26 de noviembre, FJ 5, y 32/2002, de 11 de febrero, FJ 4, entre otras».

(STC 8/2004, de 9 de febrero. Recursos de amparo núms. 4260/99 y 4941/99, acumulados. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» 10 de marzo de 2004)

«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 en los escritos esenciales del mismo. 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*, *contra 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 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 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 adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*.

b) Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de una parte, la incongruencia omisiva o *ex silentio*, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales.

De otra parte, la denominada incongruencia por exceso o *extra petitum*, que 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 que las partes formularon sus pretensiones. En este sentido ha de recordarse que 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

los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Más concretamente, desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales.

En algunas ocasiones, tiene declarado este Tribunal, ambos tipos de incongruencia pueden presentarse unidas, dándose la llamada incongruencia por error, que es aquella en la que concurren al unísono las dos anteriores clases de incongruencia. En efecto, se trata de supuestos en los que, por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquella sin respuesta (por todas, SSTC 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 124/2000, de 16 de mayo, Fj 3; 182/2000, de 10 de julio, FJ 3; 213/2000, de 18 de septiembre, FJ 3; 211/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4).

(STC 130/2004, de 19 de julio. Recurso de amparo núm. 4232/2002. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 18 de agosto de 2004. En el mismo sentido, STC 218/2004, de 29 de noviembre. Recurso de amparo 417/1999. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps, «BOE» de 4 de enero de 2005)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación

«Bueno será recordar, reproduciendo lo ya dicho, entre otras muchas resoluciones, en la STC 211/2003, de 1 de diciembre, que este Tribunal viene declarado de manera constante que: “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, 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). 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; 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 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 100/2004, de 2 de junio. Recurso de amparo núm. 5803/2001. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 23 de junio de 2004. En el mismo sentido, STC 32/2004, de 8 de marzo. Recurso de amparo núm. 2856/1999. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» de 6 de abril de 2004. STC 172/2004, de 18 de octubre. Recurso de amparo núm. 965/2002. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas, «BOE» de 19 de noviembre de 2004. STC 167/2004, de 4 de octubre. Recurso de amparo núm. 6655/2002. Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, «BOE» de 9 de noviembre de 2004. Y STC 174/2004, de 18 de octubre. Recurso de amparo núm. 3292/2002. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas, «BOE» de 19 de noviembre 2004)

«La jurisprudencia de este Tribunal ha destacado siempre que la exigencia de motivación de las Sentencias tiene una función doble ya que se presenta, simultáneamente, como obligación constitucional de los jueces y como derecho de quienes intervienen en el proceso. En el fundamento jurídico tercero de la STC 35/2002, de 11 de febrero, recordamos, así, la doctrina clásica de la STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4, que al examinar la primera dimensión declaró que “la exigencia de motivación de las Sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117 CE, párrafos 1 y 3). En contra de lo que con naturalidad ocurría en el Antiguo Régimen –proseguía la citada Sentencia– en un Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado. Con ello se cumple tanto con la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad del Juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial, como con la de hacer posible el control jurisdiccional de la resolución a través del sistema de recursos previsto en el ordenamiento”. La segunda dimensión de la obligación de motivar tiene un alcance subjetivo y forma

parte del derecho fundamental de los litigantes a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 CE. Uno de nuestros pronunciamientos más recientes compendia la doctrina constitucional consolidada al respecto. Así en la STC 196/2003, de 27 de octubre, FJ 6, hemos afirmado que: “este Tribunal ha reiterado que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). 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; 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)”».

(STC 42/2004, de 23 marzo. Recurso de amparo núm. 2843/1998. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» de 23 de abril de 2004)

«Nuestro examen –ahora– ha de efectuarse desde el menos restrictivo canon de motivación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que exige que la decisión sea la expresión de un razonamiento fundado en Derecho, esto es, ha de comprobarse que la resolución judicial exterioriza los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, siendo importante no olvidar que esta exigencia constitucional no puede entenderse cumplida con cualquier fundamentación, pues, ya que el artículo 24.1 CE garantiza la obtención de una resolución judicial fundada en Derecho, cuando la aplicación judicial de legalidad fuese arbitraria o manifiestamente irrazonable, o bien patentemente errónea, no estaríamos en tales supuestos, sino ante una mera apariencia de aplicación de la legalidad. Y, como dijimos en las SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4, 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2 y 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 6, si bien en puridad no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad deban tenerse por inexistentes, sin embargo este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas.

En fin, conviene asimismo traer a colación que nuestra doctrina ha considerado como constitucionalmente aceptable desde las exigencias de motivación del artículo 24.1 CE la que tiene lugar por remisión o motivación *aliunde* (SSTC 108/2001, de 23 de abril; 171/2002, de 30 de septiembre, entre otras), así como –pese a las reservas que suscita– el que la respuesta judicial esté integrada por un modelo estereotipado, pues tal circunstancia “no implica necesariamente una falta o insuficiencia de motivación” (SSTC 169/1996, de 29 de octubre; 67/2000, de 13 de marzo; 8/2002, de 14 de enero), dado que lo relevante, en uno y otro supuesto, es que puedan conocerse las razones o criterios jurídicos que fundamentaron la decisión».

(STC 91/2004, de 19 mayo. Recurso de amparo núm. 6047/2002. Ponente: D. Tomás S. Vives Antón, «BOE» de 10 de junio de 2004)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación del veredicto emitido por el Tribunal del Jurado

«La dificultad de que un órgano integrado por personas no técnicas motive sus decisiones, aun mediante la exigencia de una sucinta explicación, no ha pasado desapercibida al Legislador, como lo revela la propia exposición de motivos de la Ley del Tribunal del Jurado. En ella se deja expresa constancia de la opción por un sistema en el que “el Jurado debe someterse inexorablemente al mandato del legislador. Y tal adecuación sólo es susceptible de control –se añade– en la medida en que el veredicto exterioriza el curso argumental que lo motivó”. A la exteriorización del curso argumental que motiva el veredicto atiende la Ley –según se indica en la exposición de motivos–, al exigir del Jurado, entre otros extremos, “que su demostrada capacidad para decidirse por una u otra versión alcance el grado necesario para la exposición de sus motivos. Bien es cierto –se precisa al respecto– que la exposición de lo tenido por probado explicita la argumentación de la conclusión de culpabilidad o inculpabilidad. Pero hoy la exigencia constitucional de motivación no se satisface con ello. También la motivación de estos argumentos es necesaria y –concluye en este aspecto la exposición de motivos– desde luego posible si se considera que en modo alguno requiere especial artificio y cuenta en todo caso el Jurado con la posibilidad de instar el asesoramiento necesario” [apartado V, el veredicto, núm. 1, del objeto].

De modo que, pese a la apuntada dificultad 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, en lo que a los efectos de la resolución del presente recurso de amparo interesa, la exigencia de explicar sucintamente en el acta del veredicto “las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados”. Exigencia que, como es obvio, se conecta, como se pone de manifiesto en la exposición de motivos LOTJ, con la previsión constitucional de que “las sentencias serán siempre motivadas” (art. 120.3 CE), requisitos que mediante la exigencia de aquella “sucinta explicación” se proyecta a las decisiones del Jurado.

Ciertamente la motivación de las Sentencias es exigible *ex* artículo 120.3 CE, “siempre”, esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante ha de señalarse que en las Sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales –y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal– la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello hemos reforzado el canon exigible (SSTC 62/1996, de 15 de abril, FJ 2; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 157/1997, de 13 de julio, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4; 2/1999, de 25 de enero, FJ 2; 147/1997, de 4 de agosto, FJ 3, y 109/2000, de 5 de mayo, FJ 2). Por el contrario, las Sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras Sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues ésta, como dice el artículo 120.3 CE, es requerida “siempre”. No cabe por ello entender que una Sentencia absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del porqué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las Sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad.

En lo que aquí y ahora interesa hemos de concluir, pues, 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 integran 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 esencialmente 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).

[...]

Ha de traerse a colación la reiterada doctrina constitucional, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE integra, entre sus diversos contenidos, el derecho de acceso a la jurisdicción o, en su caso, a los recursos legalmente establecidos, para obtener una resolución sobre el fondo de la pretensión planteada congruente, motivada y fundada en Derecho. En este sentido, hemos declarado 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, y 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). No obstante la posibilidad de control de las resoluciones judiciales desde la perspectiva constitucional ha de limitarse a la comprobación de la relación directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución exteriorizado en su argumentación 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 aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales y el control del Tribunal Constitucional ha de limitarse a aquellos supuestos en los que la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, irrazonada o irrazonable o fruto de un error patente, supuestos estos que hemos llegado a denominar de simple apariencia del ejercicio de la Justicia (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 2; 2/1997, de 22 de abril, FJ 2; 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3, y 109/2000, de 5 de mayo, FJ 2).»

(STC 169/2004, de 6 de octubre. Recurso de amparo núm. 3530/2002. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 9 de noviembre de 2004)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación en la individualización de la pena

«Como reiteradamente ha señalado este Tribunal, el deber general de motivación de las Sentencias que impone el artículo 120.3 CE, y que se integra en el contenido del

derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24 CE, resulta reforzado “en el caso de las Sentencias penales condenatorias cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personal” (STC 11/2004, de 9 de febrero, FJ 2). Más en concreto, y en relación con la cuestión que ahora se suscita, que no es otra sino la del alcance de la obligación de motivar la individualización de las penas, se ha afirmado que “el fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales adoptadas en virtud de una facultad discrecional reconocida al Juez penal se encuentra en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad (STC 108/2001, de 23 de abril, FJ 4). De este modo también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión” (STC 136/2003, de 30 de junio, FJ 3).»

(STC 170/2004, de 18 de octubre. Recurso de amparo núm. 1874/2000. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps, «BOE» de 19 de noviembre de 2004)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Principio de interpretación pro actione. Motivación cuando se alega un derecho fundamental sustantivo

«Constituye reiterada doctrina de este Tribunal (por todas STC 11/2003, de 27 de enero) que, cuando se trata del acceso a un recurso penal de quien resultó condenado en la primera instancia judicial, como acontece en el presente supuesto en relación con el recurso de apelación, “es más rigurosa la vinculación constitucional del Juez *ex* artículo 24.1 CE en la interpretación de todas las normas de Derecho procesal penal de nuestro Ordenamiento (SSTC 60/1985, de 6 de mayo, FJ 2; 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5 y 221/2000, de 18 de septiembre, FJ 3), siendo de aplicación el principio de interpretación *pro actione* en virtud de la exigencia constitucional de una doble instancia a favor del reo, entendido como la interdicción de aquellas decisiones o actuaciones judiciales determinantes de la privación de esta garantía esencial que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que tratan de preservar y los intereses que se sacrifican. En este ámbito las exigencias de racionalidad interpretativa de las normas y de proporcionalidad de las sanciones fuerzan a restringir tan drástico resultado a los casos en los que los actos u omisiones de la parte, fundados en motivos sólo a ella imputables, ocasionaran un quebranto de las formas establecidas de tal entidad que frustrase gravemente la finalidad legítima perseguida por ellas (SSTC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2; 184/1997, de 28 de octubre, FJ 5, y 130/2001, de 4 de junio, FJ 4).»

Un segundo aspecto que incide en el parámetro de control de constitucionalidad de la resolución impugnada viene determinado por la circunstancia de que en el proceso en que se dictó estaba implicado un derecho fundamental sustantivo. A tal efecto conviene recordar, con la STC 108/2001, de 23 de abril, que: “este Tribunal ha exigido un canon más riguroso en la motivación cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental (SSTC 62/1996, de 16 de abril, FJ 2; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 83/1998, FJ 3; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4;

2/1999, de 25 de enero, FJ 2, y 25/2000, de 31 de enero, FJ 2, entre otras). En particular, este deber reforzado de motivación se impone en el caso de las Sentencias penales condenatorias cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personal (por todas, SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 6; 81/1997, de 22 de abril, FJ 4; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4; 5/2000, de 17 de enero, FJ 2, y 139/2000, de 30 de junio FJ 4)". Más en concreto, refiriéndonos a la prescripción, dijimos en la STC 68/2001, de 17 de marzo, que: "una vez que el legislador ha configurado libremente la institución de la prescripción como causa de extinción de la responsabilidad criminal, su aplicación en el caso concreto puede ser objeto de examen constitucional en sede de amparo. El canon aplicable en este caso es el propio del artículo 24.1 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución que sea razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente (STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4), reforzado ese canon por tratarse de un supuesto en el que están en juego otros derechos fundamentales, como aquí sucede con los reconocidos en los artículos 17 y 23 CE. En efecto, no puede desconocerse que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abre paso a la posibilidad de dictar una Sentencia condenatoria que, por su propio contenido, supone la privación de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, pues descarta que concurra uno de los supuestos en los que el legislador ha establecido una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3). La trascendencia de los valores en juego en la aplicación del Derecho penal exige, en este ámbito, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que no concurre el supuesto previsto en la Ley como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución". Por lo demás, tal doctrina ha sido reiteradamente aplicada por este Tribunal no sólo en relación a los procesos penales, sino a todos aquellos en los que la pretensión que se ejercita está relacionada con un derecho fundamental sustantivo, de la que son buena muestra las SSTC 203/2002, de 28 de octubre; 164/2003, de 29 de septiembre; 215/2001, de 29 de octubre, y 84/2001, de 26 de marzo, todas ellas dictadas en relación con el derecho fundamental a la libertad sindical, o la STC 36/2003, de 25 de febrero, en relación con los derechos a la libertad de expresión y a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad.»

(STC 11/2004, de 9 febrero. Recurso de amparo núm. 615/2002. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 10 de marzo de 2004)

Indefensión

«Este Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE, comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses (SSTC 25/1997, de 11 de febrero, FJ 2; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 3; 138/1999, de 22 de julio, FJ 4, y 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2). De acuerdo con una reiterada doctrina constitucional

(SSTC 116/1995, de 17 de julio, FJ 2, y 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5), por indefensión constitucionalmente relevante sólo puede entenderse la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien su posibilidad de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (SSTC 48/1986, de 23 de abril, FJ 1; 145/1990, de 1 de octubre, FJ 3; 2/2002, de 14 de enero, FJ 2, y 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2). Por esta razón sólo cabe otorgar relevancia constitucional a aquella indefensión que resulte real y efectiva, de manera que no toda irregularidad o infracción procesal comporta automáticamente la existencia de una situación de indefensión con relevancia constitucional, pues la indefensión constitucionalmente relevante requiere además que el incumplimiento de la norma procesal haya impedido al recurrente llevar a cabo de manera adecuada su defensa, con posibilidad, por tanto, de realizar las alegaciones que convinieran a su derecho y proponer los medios de prueba que resultaran precisos (SSTC 155/1994, de 23 de mayo, FJ 2; 85/2003, de 8 de mayo, FJ 11, y 146/2003, de 14 de julio, FJ 3).

Por otro lado, para que la indefensión alcance dimensión constitucional, es necesario que sea imputable y que tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del artículo 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (SSTC 101/1989, de 5 de junio, FJ 5; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2, y 87/2003, de 19 de mayo, FJ 5).»

(STC 5/2004, de 16 de enero. Recurso de amparo núm. 2330/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín, «BOE» de 12 de febrero de 2004)

Principio acusatorio

«En relación con las garantías que incluye el principio acusatorio, este Tribunal ya ha tenido ocasión de señalar en otras ocasiones que entre ellas se encuentra la de que “nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse”, habiendo precisado a este respecto que por “cosa” no puede entenderse “únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae ‘no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica’, tal como hemos sostenido en las SSTC 12/1981, de 10 de abril; 95/1995, de 19 de junio, y 225/1997, de 15 de diciembre” (STC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; en el mismo sentido, STC 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5).

La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por este Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2, y 4/2002, de 14 de enero, FJ 3).

De manera que “nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia” (SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4, y 4/2002, de 14 de enero, FJ 3).

Ello no obstante hemos afirmado también que la sujeción de la condena finalmente impuesta a la acusación formulada no es tan estricta como para impedir al órgano judicial modificar la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no se produce infracción constitucional alguna cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse la parte para contradecirlo en su caso (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 4; 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; y 4/2002, de 14 de enero, FJ 3) [...] la doctrina expuesta significa que, en apelación, la única posibilidad de que el órgano judicial se aparte de las calificaciones de los hechos propuestas por la acusación precisa del cumplimiento previo de dos condiciones: *a)* que exista identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, debatido en el juicio contradictorio y declarado probado en la Sentencia dictada en instancia, constituya el soporte fáctico de la nueva calificación; y *b)* que pueda considerarse que existe homogeneidad entre el delito por el que se dictó Sentencia condenatoria en instancia y el delito por el que se ha condenado en apelación (SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 5; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3A; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3, y 4/2002, de 14 de enero, FJ 3).

Esta última exigencia ha sido también perfilada por nuestra jurisprudencia que ha sostenido que son delitos o faltas homogéneos aquellos que constituyen “modalidades distintas, pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse” (ATC 244/1995, de 22 de septiembre, FJ 3), en el entendimiento de que “aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen” y que “podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia” (SSTC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3, y 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). La decisión acerca de la homogeneidad o heterogeneidad existente entre dos distintas infracciones penales no corresponde, sin embargo, a este Tribunal, sino a los órganos de la jurisdicción ordinaria, limitándose nuestra función a la verificación de un análisis externo acerca de la razonabilidad de la conclusión obtenida por aquéllos a este respecto, en el marco constituido por el derecho fundamental de todo acusado a la defensa (por todas, STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4).

[...]

A todo lo expuesto ha de añadirse que, conforme ya afirmamos en la STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3, en el ámbito de las garantías inherentes al principio acusatorio se encuentra la que impide “condenar sin acusación ejercida por órgano distinto a quien juzga (por todas, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FFJJ 5 y 6; 104/1986, de 17 de julio, FJ 3; 134/1986, de 29 de octubre, FJ 4; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5, y 302/2000, de 11 de noviembre, FJ 2)”, ya que la condena recaída en tales condiciones pone de

manifiesto la “pérdida de imparcialidad” del órgano judicial que la dicta y, al propio tiempo, implica un incumplimiento de la exigencia, asimismo derivada del principio acusatorio, de que se dé una “necesaria congruencia entre la acusación y el fallo”.

A la salvaguarda de dicha garantía responde el artículo 733 de la LECrim que establece la posibilidad de que el órgano judicial someta a las partes la posibilidad de una calificación alternativa de los hechos, una vez desarrollado el juicio oral, a los efectos de que, si éstos llegan a asumirla, pueda juzgar los hechos conforme a dicha nueva calificación. Pues bien, esta posibilidad, de por sí excepcional, queda excluida para las causas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte. En efecto, el artículo 733.3 LECrim reza: “esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delito que sólo pueden perseguirse a instancia de parte”.»

(STC 35/2004, de 8 marzo. Recurso de amparo núm. 5806/2001. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 6 de abril de 2004)

ARTÍCULO 24.2

Derecho a la asistencia jurídica gratuita

«Como recuerda la STC 101/2002, de 6 de mayo (FJ 2), es jurisprudencia de este Tribunal que entre las garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, que el artículo 24.2 CE consagra de manera singularizada (SSTC 47/1987, de 22 de abril, FJ 2; 245/1988, de 19 de diciembre, FJ 3; 105/1996, de 11 de junio, FJ 2; 92/1996, de 27 de mayo, FJ 3). Este derecho tiene por finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en el que se integran, la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida por el artículo 24.1 CE (SSTC 71/1999, de 26 de abril, FJ 3; y 217/2000, de 18 de septiembre, FJ 2).

La relación que existe entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ha sido resaltada por nuestra jurisprudencia. En las recientes SSTC 183/2001, de 17 de septiembre, y 95/2003, de 22 de mayo (recordando doctrina anterior), hemos ratificado que el artículo 119 CE consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 CE, pues “su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar”. De modo que, como hemos recordado en la reciente STC 180/2003, de 13 de octubre (FJ 2), aunque hayamos calificado este derecho como “derecho prestacional y de configuración legal”, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esa naturaleza, corresponde delimitar al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias, hemos sido rotundos al afirmar que la amplia libertad de configuración legal que resulta del primer inciso del artículo 119 CE no es, sin embargo, absoluta, pues el inciso segundo de dicho precepto explícitamente declara que la gratuidad de la

justicia se reconocerá “en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. Existe, por consiguiente, un “contenido constitucional indisponible” para el legislador que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar (SSTC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3, y 117/1998, de 2 de junio, FJ 3, entre otras).

Y es que, como acabamos de recordar en relación con las garantías del artículo 24.2 CE, el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar consagra una garantía no sólo de los intereses de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia, ya que “tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una Sentencia ajustada a Derecho” (STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3) y, por ello, indirectamente, coadyuva al ejercicio de la función jurisdiccional (STC 97/2001, de 5 de abril, FJ 5)».

(STC 187/2004, de 2 de noviembre. Recurso de amparo 3539/2001. Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, «BOE» de 2 de diciembre de 2004)

Derecho a la asistencia letrada

«Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la legitimidad constitucional del artículo 527 apartado *a*) LECrim en la STC 196/1987, de 11 de diciembre, estableciendo, en primer lugar, que el derecho a la asistencia letrada tiene una doble proyección constitucional, reconociendo nuestra Constitución, por una parte en el artículo 17.3 CE el derecho del “detenido en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad protegido por el núm. 1 del propio artículo, mientras que el artículo 24.2 de la Constitución lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido, especialmente del penal, según declaran las SSTC 21/1981, de 15 de junio, y 48/1982, de 5 de julio, y, por tanto, en relación con el acusado o imputado” (FJ 4).

[../..]

De esa doble consagración constitucional hemos derivado un distinto contenido esencial del derecho en cada uno de los supuestos, sin que quepa afirmar que la confianza del detenido en el Abogado que le asiste en su detención (que integra lo que hemos denominado contenido normal del derecho) forme parte del contenido esencial del derecho fundamental. “La esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarla, no en la modalidad de la designación del Abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un Abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al Letrado de libre designación” (STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5).

No obstante, también hemos declarado que la privación de la posibilidad de libre elección de Abogado y su consiguiente nombramiento imperativo de oficio, “constituye una indudable restricción del derecho, que el legislador no puede imponer a su libre arbitrio, pues las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no sólo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen” (FJ 5 de la citada STC 196/1987), concluyendo que la medida de incomunicación del detenido adoptada bajo las condiciones legales previstas en la Ley y la limitación temporal del ejercicio del derecho a la libre

designación de Abogado, que no le impide proceder a ella una vez cesada la incomunicación, “no puede calificarse de medida restrictiva irrazonable o desproporcionada”».

(STC 7/2004, de 9 de febrero. Recurso de amparo núm. 5316/1997. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 10 de marzo de 2004)

Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Libertad de las declaraciones del inculpado

«[Las] garantías formales –y en particular los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable– se articulan como “medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima” (SSTC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4.b; 8/2000, de 17 de enero, FJ 3; en el mismo sentido, SSTEDH, de 25 de febrero de 1993, caso *Funke c. Francia*; de 8 de febrero de 1996, caso *John Murray c. Reino Unido*, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*, § 68-69; de 20 de octubre de 1997, caso *Servès c. Francia*, § 46; de 3 de mayo de 2001, caso *J.B. c. Suiza*, § 64), es decir, son un instrumento de garantía de la libertad del detenido al prestar su declaración. En este sentido, hemos establecido que al imputado, en cuanto sujeto del proceso penal, “ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones” (STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6). Así, la libertad de quien declara como imputado en un proceso penal constituye, por tanto, el presupuesto material de su validez como prueba de cargo. Por tanto, la misma debe ser efectivamente garantizada pues, de lo contrario, las declaraciones no pueden considerarse prueba válida para enervar la presunción de inocencia.

Ciertamente, en supuestos muy diferentes del aquí enjuiciado, hemos declarado que “las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración” (STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4.b; en el mismo sentido STC 8/2000, de 17 de enero, FJ 10). Pero también hemos destacado que la validez de la confesión dependerá «de las condiciones externas y objetivas de su obtención», debiendo tenerse en cuenta para determinar si se ha producido en condiciones de ser aceptada y de basar en ella la condena penal “los factores concurrentes en cada caso” (STC 86/1995, de 6 de junio, FJ 4 y, citándola, STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4.c)».

(STC 7/2004, de 9 de febrero. Recurso de amparo núm. 5316/1997. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 10 de marzo de 2004)

Derecho a ser informado de la acusación

«Como recientemente afirmábamos en la STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3, “desde la STC 12/1981, de 12 de abril, este Tribunal ha reconocido que en el ámbito de las garantías integradas en el derecho a un proceso equitativo (art. 24.2 CE) se encuentra el derecho a ser informado de la acusación y que éste se conecta con el derecho de defensa. En concreto, desde entonces hemos declarado que la información, a la que tiene derecho el acusado, tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que ‘sobre ellos recae primariamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio en la vista oral’, pero también la calificación jurídica, dado que ésta ‘no es ajena al debate contradictorio’ (FJ 4)”.

Ese derecho a ser informado de la acusación, en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3a; 302/2000, de 11 de diciembre, F. 2), se convierte en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, del que forma parte esencial el derecho a contradecir la pretensión acusatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 3; 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3), pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan (por todas, SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 19/2000, de 31 de enero, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 14; 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 3).

Por ello, hemos sostenido que una modificación de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas, puede ocasionar la lesión del derecho de defensa contradictoria, "pues si, como acabamos de recordar, no puede contradecirse lo que se desconoce y la defensa se ejerce primeramente en el juicio oral, el acusado no habrá podido ejercer de forma plena su defensa, respecto de las modificaciones fácticas y jurídicas introducidas en las calificaciones definitivas, al final del juicio oral" (STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4).

Ahora bien, como también afirmábamos en esta Sentencia, ha de recordarse que dicha vulneración no se produce con carácter automático por la mera introducción de cualquier modificación en el escrito de calificación definitiva, sino que se requiere que dichas modificaciones sean esenciales respecto de la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena, porque las diferentes garantías conectadas con el principio acusatorio se asientan en la inalterabilidad de los elementos esenciales del hecho constitutivo de infracción penal a partir de la fijación formal de la acusación en las calificaciones provisionales (por todas, SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FFJJ 4, 5 y 6; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 87/2001, de 2 de abril, FJ 6; 174/2001, de 26 de julio, FJ 5; 4/2002, de 14 de enero, FJ 4; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). En consecuencia, la existencia de diferencias sobre elementos no esenciales del hecho constitutivo de delito entre las calificaciones provisionales y las definitivas no suponen la vulneración del derecho de defensa (STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4).

E incluso en el supuesto de que se introduzcan modificaciones que incidan sobre elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que impliquen una nueva calificación jurídica, para declarar vulnerado el derecho de defensa hemos exigido que el acusado ejerza las facultades que le otorga la LECrim (arts. 746.6 en relación con el art. 747 y el art. 793.7 LECrim), solicitando la suspensión del juicio, para poder articular debidamente su defensa (SSTC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 5; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 16), exigencia que responde a la aplicación de la doctrina general de que la indefensión constitucionalmente proscrita es la que deriva de la actuación del órgano judicial y no la que ocasiona la falta de diligencia procesal de la parte en la defensa de sus intereses (STC 33/2003, FJ 4)».

(STC 40/2004, de 22 de marzo. Recursos de amparo núms. 4985/2001 y 5032/2001, acumulados. Ponente. Dña. Elisa Pérez Vera, «BOE» de 23 de abril de 2004)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial

«El derecho al Juez imparcial es uno de los contenidos básicos del artículo 24.2 CE, que encuentra su protección constitucional en el derecho a un proceso con todas las garantías, y también, y al propio tiempo, configura un derecho fundamental implícito

en el derecho al Juez legal proclamado en el mismo artículo 24.2 CE. La imparcialidad y objetividad del Tribunal aparece entonces, no sólo como un requisito básico del proceso debido derivado de la exigencia de actuar únicamente sometidos al imperio de la Ley (art. 117 CE), como nota característica de la función jurisdiccional desempeñada por los Jueces y Tribunales, sino que además se erige en garantía fundamental de la Administración de Justicia propia de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), que está dirigida a asegurar que la razón última de la decisión jurisdiccional que se adopte sea conforme al Ordenamiento jurídico, y se dicte por un tercero ajeno tanto a los intereses en litigio como a sus titulares.

En consecuencia el artículo 24.2 CE, acorde con lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigio, de tal modo que la imparcialidad judicial constituye una garantía procesal que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional. La imparcialidad judicial aparece así dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida exclusivamente por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio, y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio. Esta sujeción estricta a la Ley supone que esa libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios, o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. Esta obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra.

Con arreglo a tal criterio la jurisprudencia de este Tribunal viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi*, sin haber tomado postura en relación con él (SSTC, por todas, 145/1988, de 12 de junio, FJ 5; 137/1994, de 9 de mayo, FJ 5; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 16 y 21; 154/2001, de 2 de julio, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2; 156/2002, de 23 de julio, FJ 2; 38/2003, de 27 de febrero, F. 3; 85/2003, de 8 de mayo, F. 7; SSTEDH de 17 de enero de 1970, caso *Delcourt*; de 1 de octubre de 1982, caso *Piersack*; de 24 de octubre de 1984, caso *De Cubber*; de 24 de mayo de 1989, caso *Hauschildt*; de 22 de junio de 1989, caso *Langborger*; de 25 de noviembre de 1993, caso *Holm*; de 20 de mayo de 1998, caso *Gaurtrin* y otros; de 16 de septiembre de 1999, caso *Buscemi*).

En cualquier caso, desde la óptica constitucional, para que en garantía de la imparcialidad un Juez pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto es siempre preciso que existan dudas objetivamente justificadas; es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la Ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico. Ha de recordarse que, aun cuando en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que en una sociedad democrática los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos, no basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal, que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas.

das [SSTC, por todas, 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 14 a) y 16; SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso *Piersack*, § 30; de 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber*, § 26; de 24 de mayo de 1989, caso *Hauschildt*, § 47; de 29 de agosto de 1997, caso *Worm*, § 40; de 28 de octubre de 1998, caso *Castillo Algar*, § 45; de 17 de junio de 2003, caso *Valero*, § 23).

Finalmente, para concluir este repaso a la doctrina constitucional sobre el derecho al Juez imparcial, ha de reiterarse una vez más que a este Tribunal no le compete determinar en cada caso si concurren o no las causas de recusación alegadas en la vía judicial, así como la interpretación de las normas en las que vienen contenidas, sino tan sólo examinar si se ha infringido o no el derecho fundamental al Juez imparcial; esto es, si, a la vista de las circunstancias concurrentes, ha sido respetado el contenido del mencionado derecho fundamental (SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 20).

Este Tribunal, haciéndose eco de la doctrina del TEDH (SSTEDH, entre otras, de 16 de septiembre de 1999 –caso *Buscemi contra Italia*–, y de 28 de octubre de 1999 –caso *Wille contra Liechtenstein*–), ha admitido que las declaraciones externas que efectúen los Jueces y Magistrados pueden afectar al derecho fundamental a la imparcialidad del Juzgador, si bien ha precisado en este contexto que la apreciación de una pérdida de la imparcialidad objetiva no se puede llevar a cabo en abstracto (SSTC 11/2000, de 17 de enero, FJ 4; 55/2001, de 26 de febrero, FJ 4; AATC 224/2002, de 20 de noviembre, FJ 4; 61/2003, de 19 de febrero, FJ 3; 267/2003, de 15 de julio, FJ 5). En este sentido tiene declarado que, para que la manifestación pública de opiniones más o menos relacionadas con el objeto del proceso pueda revelar la existencia en el Juez o Tribunal de un interés directo o indirecto en el mismo y, por tanto, una quiebra de su imparcialidad, habrá que atender en cada caso a las circunstancias concurrentes y que éstas permitan constatar objetivamente dicha manifestación como una toma de partido sobre el fondo del concreto proceso. Sin ánimo de exhaustividad en su enumeración este Tribunal ha considerado como circunstancias relevantes, entre otras, si la opinión ha sido manifestada en la condición o no de Juez, una vez que el proceso se hubiera iniciado o resultare posible su inicio o en momentos anteriores al mismo, el medio en que se ha vertido, la lejanía entre el objeto de la opinión y el objeto del proceso, así como, en fin, la amplitud, el tenor, la contundencia y radicalidad de la misma. “De este conjunto de circunstancias, y de otras que puedan concurrir en el supuesto concreto –concluye el Tribunal–, habrá que deducir si la opinión manifestada constituye una auténtica toma de partido sobre el objeto del proceso que justifique la sospecha de un interés directo o indirecto en el mismo, o si, por el contrario, se trata de la manifestación de una primera impresión, insuficiente para ser considerada como un juicio anticipado sobre la pretensión del recurrente y, por lo tanto, para fundamentar la duda sobre la imparcialidad del Magistrado” (ATC 224/2002, de 20 de noviembre, FJ 4; doctrina que reitera ATC 61/2003, de 19 de febrero, FJ 3)».

(STC 5/2004, de 16 de enero. Recurso de amparo núm. 2330/2003, Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 12 de febrero de 2004. En el mismo sentido, STC 39/2004, de 22 marzo. Recursos de amparo núms. 2023/2001, 2173/2001, 2179/2001 y 2183/2001, acumulados. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 23 de abril de 2004)

«Nos corresponde poner de relieve la doctrina de este Tribunal acerca del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Desde las primeras resoluciones que tratan de este derecho hemos afirmado que el mismo está orientado a asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces (entre otras muchas, SSTC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2; 101/1984, de 8 de noviem-

bre, FJ 4; 204/1994, de 11 de julio, FJ 4; 113/1995, de 6 de julio, FJ 7; 238/1998, de 15 de diciembre, FJ 5; 162/2000, de 12 de junio, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 9), criterio este de carácter teleológico que manifiesta una especial relevancia en la concreción del contenido del derecho. En él destaca ante todo la nota de legalidad en la predeterminación del juez, de manera que el primer inciso del artículo 24.2 CE pretende reservar al legislador la determinación —siempre con carácter previo— del juez del caso litigioso y, correlativamente, evitar las intromisiones no sometidas a la ley de los restantes poderes del Estado. Se trata de garantizar el juez legal (STC 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 1), lo que se corresponde desde un punto de vista negativo con la prohibición constitucional de los Tribunales de excepción, establecida en el artículo 117.6 CE (SSTC 113/1995, de 6 de julio, FJ 7; 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 1). Ello supone tanto la interdicción del “juez excepcional”, del “juez *ad hoc*”, en el sentido de situado fuera tanto de la jurisdicción ordinaria como de las jurisdicciones especiales reconocidas constitucionalmente (ATC 324/1993, de 26 de octubre), como del “juez *ex post facto*”, es decir, del juez creado con posterioridad a la iniciación del proceso (STC 65/1994, de 28 de febrero, FJ 2).

Ahora bien, la norma constitucional no tutela un pretendido derecho al juez natural, en el sentido del juez más próximo en sentido territorial al justiciable, sino un derecho al juez ordinario, lo que significa el juez establecido por el legislador y que merece un tratamiento orgánico y funcional común con el de los demás órganos jurisdiccionales (SSTC 55/1990, de 28 de marzo, FJ 3; 56/1990, de 29 de marzo, FJ 35; 39/1994, de 15 de febrero, FJ 1; 131/2001, de 7 de junio, FJ 3; ATC 324/1993, de 26 de octubre). Tampoco asegura la norma constitucional un juez concreto (SSTC 97/1987, de 10 de junio, FJ 4; 55/1990, de 28 de marzo, FJ 3; 64/1993, de 1 de marzo, FJ 2), pues los factores de casualidad y aleatoriedad en las normas de reparto entre jueces previamente competentes sirven precisamente para preservar la imparcialidad (véase ATC 652/1986, de 23 de julio, FJ 2).

El derecho que nos ocupa está asimismo reconocido tanto en el artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos (derecho a un “Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley”), como —lo que en este caso es más relevante— por el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, ratificado también por Venezuela, que en su artículo 14.1 prevé el derecho a un “tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”. Asimismo resulta relevante en este proceso constitucional de amparo lo dispuesto por el artículo 10 a) del Tratado de extradición entre Venezuela y España, en el que se determina que no se concederá la extradición cuando la persona reclamada hubiere sido condenada o debiera ser juzgada por un Tribunal de excepción o *ad hoc* en la parte requirente».

(STC 181/2004, de 2 de noviembre. Recurso de amparo núm. 3134/1999. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 2 de diciembre de 2004)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Principio de contradicción

«La STC 138/1999, de 22 de julio, FJ 4, reiterando lo que ya se había dicho, entre otras, en la STC 109/1989, de 8 de junio, afirma que “el principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías (STC 102/1998)”. Este mismo texto se recoge en la STC 168/2001, de 16 de julio, FJ 8, y en el mismo sentido, reiterando la doctrina jurisprudencial que acaba de expresarse, bien que refiriéndola —por las pecu-

liaridades de los respectivos casos contemplados— a la segunda instancia penal, cabe citar las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, 230/2002, de 9 de diciembre, y 189/2003, de 27 de octubre, entre otras.

En efecto, como hemos dicho reiteradamente, la carga de la prueba recae en el proceso penal en las partes acusadoras, quienes han de probar en juicio los hechos constitutivos de la pretensión penal (SSTC 182/1993, de 3 de noviembre, FJ 2, y 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3, entre otras). Así, hemos afirmado en la STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3, citada a su vez por la antes mencionada STC 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3, que “el artículo 24.2 CE significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos del tipo delictivo corresponde a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de partes acusadoras”».

(STC 9/2004, de 9 de febrero. Recurso de amparo núm. 318/2002. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» 10 de marzo de 2004)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal

«Ello requiere traer a colación la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 9 y 10; que luego se reitera en las posteriores SSTC 197/2002, 198/2002 y 200/2002, de 28 de octubre; 212/2002, de 11 de noviembre; 230/2002, de 9 de diciembre; 41/2003, de 27 de febrero; 68/2003, de 9 de abril; 118/2003, de 16 de junio y 189/2003, de 27 de octubre), sobre la exigencia de respetar, en cuanto integran el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías, los principios de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal.

Esta doctrina rectificó la mantenida hasta entonces en precedentes resoluciones sobre las exigencias de los principios de inmediación y contradicción en la segunda instancia penal, al objeto de “adaptar más estrictamente la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)... a las exigencias del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, de 4 de noviembre de 1950, y más en concreto a las del artículo 6.1 del mismo, según ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ateniéndonos así al criterio interpretativo establecido en el artículo 10.2 CE” (STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 9).

A la hora de aplicar los nuevos criterios jurisprudenciales adoptados por este Tribunal, ya indicaba la STC 167/2002 (FJ 11), que podrían suscitarse algunas dificultades al interpretar el artículo 795 LECrim (actualmente, art. 790 LECrim, en el que se regula el recurso de apelación en el procedimiento abreviado), y, en particular, de los tres fundamentos posibles del recurso de apelación, el relacionado con el error en la apreciación de la prueba, que es propiamente el concernido por esas limitaciones (en cuanto las limitaciones derivadas de las exigencias de los principios de inmediación y contradicción tienen su genuino campo de proyección cuando en la apelación se plantean cuestiones de hecho), y no así, en principio, los otros dos supuestos (“quebrantamiento de normas y garantías procesales”, e “infracción de precepto constitucional o legal”).

Para la solución del problema constitucional planteado decíamos en esa resolución (FJ 9) que no basta sólo con que en la apelación el órgano *ad quem* haya respe-

tado la literalidad del artículo 795 LECrim, sino que es necesario, en todo caso, partir de una interpretación de dicho precepto conforme con la Constitución, hasta donde su sentido literal lo permita (y dejando aparte en caso contrario la posibilidad de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad), para dar entrada en él a las exigencias del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

De este modo es cierto que el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro Ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho, y que su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo*, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo* (por todas, SSTC 172/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 11 y 41/2003, de 27 de febrero, FJ 4). Pero, en el ejercicio de las facultades que el artículo 795 LECrim otorga al Tribunal *ad quem*, deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el artículo 24.2 CE (FJ 11).

De ahí que hayamos afirmado que, en la “apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal *ad quem* revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la intermediación y la contradicción” (STC 167/2002, FJ 11). Consiguientemente se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías cuando el Tribunal de apelación que ha de resolver un recurso frente a una Sentencia absolutoria revisa y corrige la valoración y ponderación realizada por el Juez de primera instancia de las declaraciones del acusado sin respetar los principios de intermediación y contradicción, siendo ello necesario para pronunciarse sobre su culpabilidad o inocencia (FJ 11), vulnerándose paralelamente el derecho a la presunción de inocencia en la medida en que, a consecuencia de ello, la condena carezca de soporte probatorio (FJ 12).»

(STC 10/2004, de 9 de febrero. Recurso de amparo núm. 412/2002. Ponente: D. Tomás S. Vives Antón, «BOE» de 10 de marzo de 2004. En el mismo sentido, STC 12/2004, de 9 de febrero. Recurso de amparo núm. 2947/2002. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 10 de marzo de 2004. STC 28/2004, de 4 de marzo. Recursos de amparo núms. 4562/2001 y 4563/2001, acumulados. Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar, «BOE» de 6 de abril de 2004. STC 28/2004, de 4 de marzo. Recursos de amparo núms. 4562/2001 y 4563/2001, acumulados. Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar, «BOE» de 6 de abril de 2004. STC 50/2004, de 30 de marzo. Recurso de amparo núm. 1121/2002. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 23 de abril de 2004. STC 94/2004, de 24 de mayo. Recurso de amparo núm. 1237/2002. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 10 de junio de 2004. STC 95/2004. Recurso de amparo núm. 2572/2002, Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 10 de junio de 2004. STC 96/2004. Recurso de amparo núm. 3358/2002. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 10 de junio de 2004. STC 128/2004, de 19 de julio. Recurso de amparo núm. 6238/2001. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel, «BOE» de 18 de agosto de 2004. STC 192/2004, de 2 de noviembre. Recurso de amparo núm. 170/2003. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 2 de diciembre de 2004. Y STC 200/2004, de 15 de noviembre. Recurso de amparo núm. 351/2003. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 21 de diciembre de 2004)

Derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas

«Antes de proceder a analizar si ha habido efectiva lesión del derecho cuya argumentación ocupa la mayor parte de la demanda, procede descartar la lesión del segundo de los derechos invocados por la recurrente, el derecho a la tutela judicial efectiva, atendiendo a la jurisprudencia de este Tribunal que recuerda el Ministerio Fiscal cuando alude a la STC 303/2000, de 11 de diciembre, concretamente en su fundamento jurídico 2, de acuerdo con la cual, “es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas el único cuya vulneración hemos de valorar, pues la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva realizada en la demanda carece de todo soporte argumental para que pueda considerarse como una verdadera y propia pretensión. Como hemos recordado en la STC 125/1999, de 28 de junio (FJ 2), ‘aunque son innegables las conexiones entre ambos derechos, ya que el derecho a la jurisdicción contemplado en el artículo 24.1 CE no puede entenderse desligado del tiempo en que la tutela judicial de los derechos subjetivos e intereses legítimos debe prestarse (SSTC 24/1981 y 324/1994), lo cierto es que nuestra Constitución ha reconocido el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas con carácter autónomo respecto del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 133/1988), carácter éste que hemos afirmado tempranamente, desde la primera Sentencia en que nos ocupamos de este derecho fundamental, la STC 24/1981, y hemos reiterado con posterioridad en numerosas ocasiones (SSTC 26/1983, 36/1984, 5/1985, 223/1988, 133/1988, 81/1989, 10/1991, 61/1991, 324/1994, 180/1996, 78/1998 y 32/1999)’. Por tanto, la cuestión que corresponde analizar en el presente recurso queda circunscrita al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

3. Para concluir si el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) ha sido vulnerado es necesario traer a colación la doctrina de este Tribunal al respecto, sintetizada últimamente, en lo que afecta al presente caso, en la STC 7/2002, de 14 de enero, FJ 7, en la que, tras hacerse mérito de doctrina anterior, se declara que “el artículo 24.2 CE consagra el derecho, no al estricto cumplimiento de los plazos procesales, sino a la tramitación de los asuntos ante los Tribunales de Justicia en un ‘plazo razonable’ (según señala el art. 6.1 CEDH), y que son varios los criterios para determinar si este ‘plazo razonable’ ha sido respetado o no: la complejidad del litigio; el margen ordinario de duración normal de procesos similares; y el comportamiento procesal tanto de los litigantes como del órgano jurisdiccional. Ello, naturalmente, siempre que quien solicita el amparo por tal motivo haya denunciado oportunamente la dilación ante el órgano jurisdiccional y, asimismo, se haya dado a éste un tiempo que razonablemente le permita remediar la dilación, al objeto de respetar el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional”. Procede, en consecuencia, aplicar los criterios que se acaban de mencionar a las circunstancias concretas del caso que han dado origen al presente recurso de amparo.

[...]

El concepto de proceso sin dilaciones indebidas es manifiestamente un concepto indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico (STC 36/1984, de 14 marzo, FJ 3), ha de convenirse con quien impetra el amparo en la carencia de complejidad del trámite cuya inejecución genera la dilación calificada de indebida, esto es, utilizando nuestros propios términos, «las actuaciones que había de realizar el órgano judicial... no revestían dificultad alguna, al tratarse, conforme a la legislación aplicable al caso, de un acto procesal de muy sencillo trámite» (STC 124/1999, mismo FJ 3).

[...]

Como en otras ocasiones hemos dicho, por más que los retrasos experimentados en el procedimiento hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica, si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera la anterior conclusión del carácter injustificado del retraso (STC 7/1995, de 10 de enero, FJ único), y asimismo, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia *Unión Alimentaria Sanders c. España* de 7 de julio de 1989, también hemos expresado que el elevado número de asuntos que conocía el órgano jurisdiccional ante el que se tramitaba el pleito no legitima el retraso en resolver ya que “el hecho de que las situaciones de atasco de los asuntos se conviertan en habituales no justifica la excesiva duración de un proceso” (STC 195/1997, de 11 de noviembre, FJ 3). Y ello, por otra parte, sin que corresponda a este Tribunal entrar a valorar los evidentes problemas estructurales del funcionamiento de la Administración de Justicia (SSTC 180/1996, 12 de noviembre, FJ 7; 109/1997, de 2 de junio, FJ 2; 195/1997, de 11 de noviembre, FJ 3; y 20/1999, de 22 de febrero, FJ 3). En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reafirmado recientemente que el artículo 6.1 CEDH obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus Tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable (STEDH de 11 de marzo de 2004, caso *Lenaerts contra Bélgica*, § 18)».

(STC 160/2004, de 4 de octubre. Recurso de amparo núm. 1749/2001. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» de 9 de noviembre de 2004. En el mismo sentido, STC 166/2004, de 4 de octubre. Recurso de amparo núm. 6227/2002. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 9 de noviembre de 2004. Y STC 220/2004, de 29 de noviembre. Recurso de amparo núm. 1696/2001. Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, «BOE» de 4 de enero de 2005)

«a) El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas requiere para su satisfacción un adecuado equilibrio entre, de un lado, la realización de toda la actividad judicial indispensable para la resolución del caso del que se conoce y para la garantía de los derechos de las partes y, de otro, el tiempo que dicha realización precisa, que habrá de ser el más breve posible.

b) Junto con la autonomía del derecho fundamental en cuestión, proclamada en una reiterada y conocida doctrina constitucional, se ha destacado también su doble faceta prestacional y reaccional. La primera consiste en el derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable, y supone que los Jueces y Tribunales deben cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de la tutela. A su vez la faceta reaccional actúa en el marco estricto del proceso y se traduce en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas.

c) En cuanto al alcance objetivo del derecho este Tribunal tiene declarado también, en coincidencia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sintetizada, entre otras resoluciones, en sus SSTEDH de 23 de septiembre de 1997, caso *Robins*, y de 21 de abril de 1998, caso *Estima Jorge*), que es invocable en toda clase de procesos, si bien en el penal, en el que las dilaciones indebidas pueden constituir una suerte de *poena naturalis*, debe incrementarse el celo del juzgador a la hora

de evitar su consumación y, asimismo, en las sucesivas fases e instancias por las que discurre el proceso, incluida la ejecución de Sentencias.

d) Por otra parte es reiterada doctrina constitucional que el reconocimiento en el artículo 24.2 CE del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no ha supuesto la constitucionalización del derecho a los plazos procesales establecidos por las leyes. Antes bien, partiendo de la identidad de la expresión empleada por nuestra Constitución con la utilizada en el artículo 14.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y su similitud con la recogida en el artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, se ha destacado su condición de concepto jurídico indeterminado o abierto, equivalente al “plazo razonable” al que se refiere el artículo 6.1 del citado Convenio. Conforme a esta doctrina, en consonancia también con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, STEDH de 25 de noviembre de 2003, caso *Soto Sánchez*), el carácter razonable de la duración de un proceso debe ser apreciado mediante la aplicación a las circunstancias del caso concreto de los criterios objetivos, consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, la duración normal de procesos similares, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo y el comportamiento de los litigantes y del órgano judicial actuante.

e) Finalmente se requiere que quien solicita el amparo por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas haya denunciado oportunamente la dilación ante el órgano jurisdiccional y asimismo haya dado a éste un tiempo que razonablemente le permita remediar la dilación, al objeto de respetar el carácter subsidiario del recurso de amparo. De ahí que sólo en los casos en los que, tras la denuncia del interesado, los órganos judiciales no hayan adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable —entendiendo por tal aquél que le permita adoptar las medidas necesarias para poner fin a la paralización denunciada— podrá entenderse que la vulneración constitucional invocada no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria y, por tanto, podrá ser examinada por este Tribunal, incluso aunque haya recaído resolución que ponga fin al proceso durante la tramitación del recurso de amparo.

Por el contrario, en aquellos casos en los que los órganos judiciales hayan atendido esta queja y, en consecuencia, hayan adoptado las medidas pertinentes para hacer cesar las dilaciones denunciadas dentro de dicho plazo razonable o prudencial, deberá entenderse que la vulneración del derecho a las dilaciones indebidas ha sido reparada en la vía judicial ordinaria sin que el retraso en que haya podido incurrir la tramitación de este proceso tenga ya relevancia constitucional, pues, tal y como se ha señalado, para que pueda apreciarse que dicho retraso es constitutivo de una dilación indebida con relevancia constitucional no es suficiente sólo con que se haya dictado una resolución judicial en un plazo que no sea razonable, sino que es requisito necesario que el recurrente haya dado al órgano judicial la posibilidad de hacer cesar la dilación y que éste haya desatendido la queja, mediando un plazo prudencial entre la denuncia de las dilaciones y la presentación de la demanda de amparo (SSTC 133/1988, de 4 de julio, FJ 1; 223/1988, de 24 de noviembre, FJ 3; 215/1992, de 1 de diciembre, FJ 2; 69/1993, de 1 de marzo, FJ 2; 124/1999, de 28 de junio, FJ2; 198/1999, de 25 de octubre, FJ 3; 230/1999, de 13 de diciembre, FJ 2; 303/2000, de 11 de diciembre, FFJJ 3 a 5; 87/2001, de 2 de abril, FJ 7; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 2; 71/2002, de 14 de enero, FJ 7; por todas.)»

(STC 177/2004, de 18 de octubre. Recurso de amparo núm. 4122/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 19 de noviembre de 2004)

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

«Por lo que respecta a la consolidada doctrina de este Tribunal en relación con el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) –resumida, entre otras, en las SSTC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; 168/2002, de 30 de septiembre, FJ 3; 97/2003, de 2 de junio, FJ 8; 131/2003, de 30 de junio, FJ 3–, ha de tenerse en cuenta que este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso, no atribuye a las partes un ilimitado derecho a que se admitan y practiquen todos los medios de prueba que se soliciten, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes, correspondiendo en exclusiva a los órganos de la jurisdicción ordinaria el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas propuestas, sin que este Tribunal pueda revisar sus decisiones como si de una nueva instancia se tratase. El Tribunal Constitucional sólo es competente para controlar las decisiones judiciales en esta materia cuando se hubieren inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable, o cuando, habiéndose admitido una prueba, la misma no se practica o se practica erróneamente por causas imputables al órgano judicial (lo que equivale a una inadmisión inmotivada).

También hemos declarado que sólo procede el examen de esta queja en amparo cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya producido una efectiva indefensión en el recurrente, por ser “decisiva en términos de defensa” o, lo que es lo mismo, porque hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito.

Y, finalmente, hemos de recordar, como declarábamos en la STC 81/2002, de 22 de abril, FJ 3, que aunque el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, en esencia, con una respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude ante ellos para la defensa de sus intereses, en ocasiones, la respuesta del órgano judicial, aunque fundada en Derecho y formalmente motivada, puede resultar viciada de raíz, entre otros casos, cuando el órgano judicial, con su actitud, frustra la práctica de determinada prueba de parte, impidiendo a quien la propuso, y solicitó su colaboración en su práctica, la utilización de un medio de prueba pertinente para su defensa, y después desestima la pretensión con el argumento de que no ha quedado probado precisamente lo que se pretendía acreditar con la prueba no practicada.

En estos supuestos, lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación “sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia” (STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 2, y, reproduciéndola, STC 208/2001, de 22 de octubre, FJ 3). Hemos dicho concretamente sobre este particular en la STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 2, que “así puede suceder en el caso de que ese derecho fundamental previamente vulnerado haya sido el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, causando el órgano judicial indefensión a la parte al desestimar sus pretensiones por no haberlas demostrado, cuando no se pudieron acreditar, precisamente porque ese mismo órgano judicial truncó irremediablemente la correcta práctica de su prueba (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre; 221/1998, de 24 de noviembre, y 183/1999, de 11 de octubre). Con ello, el órgano judicial limita los derechos de defensa del demandante al frustrar los medios de prueba de los que se pretendía servir para fundar sus alegaciones por causas que sólo al propio órgano judicial son imputables, resolviendo desestimarlas, justamente,

por no haberlas acreditado (SSTC 48/1984, de 4 de abril; 90/1987, de 3 de junio; 29/1990, de 26 de febrero, y 138/1999, de 22 de julio, entre otras muchas).»

(STC 123/2004, de 13 de julio. Recurso de amparo núm. 1606/1999. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 11 de agosto de 2004. En el mismo sentido, STC 153/2004, de 20 de septiembre. Recurso de amparo núm. 6411/2002. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 22 de octubre de 2004)

Derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley

«Este Tribunal tiene declarado que el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley reconocido en el artículo 24.2 CE exige que “el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional” (STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2), sin que, en principio, las normas de reparto de los asuntos entre diversos órganos judiciales de la misma jurisdicción y ámbito de competencia, afecten al juez legal o predeterminado por la Ley pues todos ellos gozan de la misma condición legal de Juez ordinario (ATC 652/1986, de 23 de julio, FJ 2), por lo que la interpretación y aplicación de las normas de reparto de asuntos es ajena al contenido constitucionalidad del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley y sólo puede ser revisada en este Tribunal en cuanto a su razonabilidad (ATC 113/1999, de 28 de abril, FJ 3).

[...]

Conviene recordar que “no puede equipararse la atribución de competencia a los diversos órganos judiciales, a la que afecta la predeterminación por Ley formal *ex* artículo 24.2 de la Constitución, con el reparto o distribución del trabajo entre las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal, dotadas *ex lege* de la misma competencia material, que responde a exigencias o conveniencias de orden puramente interno y organizativo” (ATC 13/1989, de 16 de enero, FJ 2)».

(STC 32/2004, de 8 de marzo. Recurso de amparo núm. 2856/1999. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» de 6 de abril de 2004)

Presunción de inocencia. Prueba de cargo

«Únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes (STC 161/1990, de 19 de octubre, FJ 2, y en el mismo sentido entre otras, STC 174/2003, de 29 de septiembre, FJ 3). No obstante ello nuestra jurisprudencia ha admitido también que excepcionalmente puedan integrarse en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales si concurren determinadas circunstancias: imposibilidad de reproducción en el juicio oral, intervención del Juez de Instrucción, posibilidad de contradicción, introducción del contenido de la diligencia en el juicio oral bien mediante lectura del acta en que aquélla se documenta bien a través de los interrogatorios habidos en el juicio oral (entre otras, SSTC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1;

153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; y 174/2003, de 29 de septiembre, FJ 3».

(STC 9/2004, de 9 de febrero. Recurso de amparo núm. 318/2002. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» 10 de marzo de 2004)

Presunción de inocencia. Pruebas inválidas o ineficaces

«Conforme a la doctrina de este Tribunal, desde la STC 31/1981, de 28 de julio, este derecho, en su vertiente de regla de juicio, se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida. Por tanto, “sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado” (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y citándola, entre otras muchas, SSTC 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3).

Por otra parte, desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, hemos sostenido que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se cumplan los siguientes requisitos, que permiten distinguirla de las simples sospechas: *a*) que parta de hechos plenamente probados, y *b*) que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la Sentencia condenatoria (SSTC 174/1985 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre; 24/1997, de 11 de febrero, FJ 2; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 44/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 17/2002, de 28 de enero, FJ 3).

Nuestro control de la razonabilidad del discurso, esto es, de la solidez de la inferencia, puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente (excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia). En el último caso este Tribunal afirma que ha de ser especialmente cauteloso, por cuanto son los órganos judiciales los únicos que tienen un conocimiento preciso, completo y adquirido con todas las garantías de la actividad probatoria, especialmente por factores derivados de la inmediación. Por ello, se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento “cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada” (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 44/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 155/2002, de 22 de julio, FJ 14).»

(STC 163/2004, de 4 de octubre. Recurso de amparo núm. 1470/2002. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 9 de noviembre de 2004. En el mismo sentido, STC 7/2004, de 9 de febrero. Recurso de amparo núm. 5316/1997. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 10 de marzo de 2004)

«Nuestra jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que, en la medida en que, tras la consagración constitucional del derecho a la presunción de inocencia, toda

condena ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia incriminatoria ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la Sentencia (por todas, STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2), de tal forma que el déficit de motivación en relación con la valoración de la prueba y la determinación de los hechos probados supondría, de ser apreciado, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (por todas, SSTC 249/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 124/2001, de 4 de junio, FJ 8; 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 2).

Por otra parte, y en el ámbito de la presunción de inocencia, hemos de recordar que constituye reiterada doctrina de este Tribunal la afirmación de la “radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en el proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad”, y que “nuestra misión se constriñe a la de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. En rigor, pues, la función de este Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino en el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar hasta él” (por todas, SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 135/2003, de 30 de junio, FJ 2)».

(STC 147/2004, de 13 de septiembre. Recurso de amparo núm. 1037/2003. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 14 de octubre de 2004)

Presunción de inocencia. Valor probatorio de las declaraciones de coimputado

«De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, las declaraciones incriminatorias de los coimputados, cuya 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 (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 15 de junio, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 182/2001, de 17 de agosto, FJ 6; 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 6; 70/2002, de 3 de abril, FJ 11; 125/2002, de 20 de mayo, F. 3; 155/2002, de 22 de junio, F. 11; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2; 233/2002, de 9 de diciembre, F. 3; 190/2003, de 27 de octubre, FJ 5). Esto significa, en palabras de la STC 115/1998, que “antes de ese mínimo [de corroboración] no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia” (FJ 5).

Esta exigencia de corroboración responde a 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 o incluso mentir, 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 SSTC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3).

Con respecto a lo que constituya esa mínima corroboración hemos advertido también que en sede constitucional no nos es posible exigir una corroboración plena, pues determinar si unas pruebas o datos confirman plenamente una declaración implica de modo necesario una valoración de tales datos o pruebas que nos está vedada; y tampoco hemos ofrecido una definición de lo que haya de entenderse por corroboración más allá de la idea de que la veracidad de la declaración de un coimpu-

tado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis efectuado caso por caso (por todas, SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 8; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; 190/2003, de 27 de octubre, FJ 5).

También hemos afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración –como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna– carecen de relevancia como factores externos de corroboración (SSTC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 190/2003, de 27 de octubre, FJ 6), siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados (SSTC 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 4).

(STC 17/2004, de 23 de febrero. Recurso de amparo núm. 4094/2000. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» de 26 de marzo de 2004. En el mismo sentido, STC 118/2004, de 12 de julio. Recurso de amparo núm. 5551/2002. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 11 de agosto de 2004. Y STC 147/2004, de 13 de septiembre. Recurso de amparo núm. 1037/2003. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 14 de octubre de 2004)

«La jurisprudencia constitucional sobre la eficacia probatoria de los testimonios vertidos por coimputados ha experimentado una interesante evolución, muy bien resumida en la STC 207/2002, de 11 de noviembre: “Así, en una primera fase, se venía considerando carente de relevancia constitucional, a los efectos de la presunción de inocencia, que los órganos judiciales basaran su convicción sobre los hechos probados en la declaración incriminatoria de los coimputados (AATC 479/1986, de 4 de junio, FFJJ 1 y 2; 293/1987, de 11 de marzo, FJ Único, y 343/1987, de 18 de marzo, FJ 2a; STC 137/1988, de 7 de julio, FJ 4; ATC 1133/1988, de 10 de octubre, FJ Único; SSTC 98/1990, de 24 de mayo, FJ 2, y 50/1992, de 2 de abril, FJ 3; ATC 225/1993, de 20 de julio, FJ 2; STC 51/1995, de 23 de febrero, FJ 4; y ATC 224/1996, de 22 de julio, FJ 2). A esos efectos, se argumentó que la declaración de los coimputados constituía actividad probatoria de cargo bastante, pues no había ninguna norma expresa que descalificara su valor probatorio (AATC 479/1986, de 4 de junio, FJ 1; 343/1987, de 18 de marzo, FJ 2a; y STC 137/1988, de 7 de julio, FJ 4). El hecho de que el testimonio se realizara sin prestar juramento y, por tanto, fuera susceptible de ser utilizado con fines autoexculpatorios, se consideraba que no afectaba a su cualidad o aptitud como prueba de cargo suficiente, sino a la ponderación sobre la credibilidad que merecía la declaración en relación con los factores particularmente concurrentes, lo que era función exclusiva de la jurisdicción ordinaria en los términos del artículo 117.3 CE (SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 4; 98/1990, de 24 de mayo, FJ 2, y 51/1995, de 23 de febrero, FJ 4).

En una segunda fase, que comienza con la STC 153/1997, de 29 de septiembre, y perdura hasta la actualidad, este Tribunal viene considerando que las declaraciones incriminatorias de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroborada por otras pruebas (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; 63/2001, 68/2001, 69/2001, y 70/2001, de 17 de marzo, en sus FFJJ 5, 5, 32 y 2, respectivamente; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 6; 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 6; 70/2002, de 3 de abril, FJ 11; 125/2002, de 20 de

mayo, FJ 3; o 155/2002, de 22 de junio, FJ 11). Lo que llevó a afirmar en la STC 115/1998, de 1 de junio, que 'antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia' (FJ 5); criterio reiterado después en las SSTC 68/2001 y 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 5 y 32, respectivamente; 68/2002, de 21 de marzo, F. 6 y 70/2002, de 3 de abril, FJ 11.

Esta conclusión se fundamenta en la diferente posición constitucional de los testigos y de los imputados en cuanto a su obligación de declarar; atendiendo al derecho que asiste al acusado de callar total o parcialmente, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el artículo 24.2 CE, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; 68/2001, 69/2001, y 70/2001, de 17 de marzo, en sus FFJJ 5, 32 y 2, respectivamente; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 6; 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 6; 70/2002, de 3 de abril, FJ 11; 125/2002, de 20 de mayo, FJ 3, o 155/2002, de 22 de junio, FJ 11). Ello ha propiciado que incluso se calificara la declaración inculpativa de los coimputados, cuando es la única prueba de cargo, como sospechosa (SSTC 68/2001 y 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 5 y 32, respectivamente; 182/2001, de 17 de agosto, FJ 6; y 125/2002, de 20 de mayo, FJ 3) o intrínsecamente sospechosa (STC 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4).

En definitiva, 'como señala la STC 68/2001, de 17 de marzo (FJ 5), las declaraciones de un coimputado, por sí solas, no permiten desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, de modo que para que pueda fundarse una condena en tales declaraciones sin lesionar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, es preciso que se adicione a las mismas algún dato que corrobore mínimamente su contenido, destacando la citada Sentencia que no es posible definir con carácter general qué debe entenderse por la exigible 'corroboración mínima', más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externos para que pueda estimarse corroborada, dejando, por lo demás, a la casuística la determinación de los supuestos en que puede considerarse que ha existido esa mínima corroboración, tomando en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso' (STC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3)» (FJ 2; *cfr.*, igualmente, STC 233/2002, de 9 de diciembre)».

(STC 152/2004, de 20 de septiembre. Recurso de amparo núm. 6242/2002. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas, «BOE» de 22 de octubre de 2004)

Presunción de inocencia en delito de conducción de vehículos bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Vid. comentario de jurisprudencia del artículo 379 del Código Penal

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad de las sanciones

«La posibilidad de que se produzca una vulneración del artículo 25.1 CE como consecuencia de las pautas interpretativas empleadas para la subsunción de la con-

ducta en el tipo de la infracción ha sido expresamente contemplada por este Tribunal, cuya doctrina al respecto hemos sintetizado en la STC 196/2002, de 28 de octubre. Allí, por referencia a la actuación de los órganos judiciales, se recuerda, en unos términos que *mutatis mutandis* pueden hacerse extensivos a las resoluciones dictadas por la Administración en el ejercicio de la potestad sancionadora (STC 129/2003, de 30 de junio, FJ 4), lo siguiente: “Por lo que a la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras se refiere, ésta depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su previsibilidad (SSTC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4, y 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 3), hallándose en todo caso vinculadas por los principios de legalidad y de seguridad jurídica, aquí en su vertiente subjetiva (según la expresión utilizada en la STC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11), que conlleva la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos ‘programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente’ [STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; y, en el mismo sentido, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4, y 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4 a)]. Concretamente, la previsibilidad de tales decisiones debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4, y 87/2001, de 2 de abril, FJ 8)” (FJ 5).

De este modo y como dijimos en la STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustentan en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada; son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios. “A fin de aplicar el canon descrito en este fundamento jurídico”, dijimos en la STC 151/1997 citada, “debe partirse, en principio, de la motivación explícita contenida en las resoluciones recurridas, de forma que cabrá apreciar una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora tanto cuando se constate una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamentación revele que se ha producido dicha extensión”.»

(STC 111/2004, de 12 de julio. Recurso de amparo núm. 6667/2000. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel, «BOE» de 11 de agosto de 2004. En el mismo sentido, STC 138/2004, de 13 de septiembre. Recurso de amparo núm. 1579/2001. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes, «BOE» de 14 de octubre de 2004)

Principio de legalidad penal. Aplicación analógica o extensiva “in malam partem”

«Por lo que respecta al alcance del control que el Tribunal Constitucional puede ejercer respecto de la interpretación y aplicación de los preceptos sancionadores efectuados por los órganos judiciales, nuestra doctrina parte de que toda norma penal admite diversas interpretaciones como consecuencia natural, entre otros factores, de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sis-

tema normativo relativamente complejo (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3), y de que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 117.3 CE, sin que pueda este Tribunal sustituirlos en dichas tareas, ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, ni qué política criminal concreta debe orientar esa selección (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3). En otras palabras, “es ajena al contenido de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

Por tanto en este ámbito nuestro papel como jurisdicción de amparo “se reduce a velar por la indemnidad del derecho indicado y, con ello, la de los valores de seguridad jurídica y de monopolio legislativo en la determinación esencial de lo penalmente ilícito que lo informan”, verificando “si la interpretación realizada era una de las interpretaciones posibles de la norma en atención a aquellos valores” (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; citándola SSTC 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4). Además, desde la STC 137/1997, de 21 de julio, hemos destacado que no se limita a comprobar el respeto de los órganos judiciales al tenor literal de la norma, ni a la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad de las decisiones judiciales, sino que, más allá de estas constataciones, nuestra jurisprudencia exige comprobar en positivo la razonabilidad de la decisión, desde las pautas axiológicas que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y desde los modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica, pues sólo de este modo puede verse en la decisión sancionadora “un fruto previsible de una razonable administración judicial o administrativa de la soberanía popular”. “Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

En definitiva, nuestro canon de enjuiciamiento constitucional, configurado a partir de la STC 137/1997, es el siguiente: cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, F. 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; y más recientemente, SSTC 13/2003, de 28 de enero, FJ 3; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16, entre otras muchas)».

(STC 163/2004, de 4 de octubre. Recurso de amparo núm. 1470/2002. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 9 de noviembre de 2004)

Principio de legalidad penal. Leyes penales en blanco. Delito de tenencia de armas prohibidas

«El derecho a la legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, incorpora en primer término una garantía de orden formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden. Esta garantía formal, como recordábamos en la STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, implica que sólo el Parlamento está legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas y vincula el principio de legalidad al Estado de Derecho, “esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad y el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la Ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en la Ley”.

También hemos señalado desde nuestras primeras resoluciones –STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7– que del art. 25.1 CE se deriva una “reserva absoluta” de Ley en el ámbito penal. Y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1 CE en relación con el artículo 17.1 CE, esa Ley ha de ser orgánica respecto de aquellas normas penales que establezcan penas privativas de libertad. En palabras de la STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2, “la remisión a la Ley que lleva a cabo el artículo 17.1 de la CE ha de entenderse como remisión a la Ley orgánica, de manera que la imposición de una pena de privación de libertad prevista en una norma sin ese carácter constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad y, por ello, una violación de ese derecho fundamental (SSTC 140/1986, 160/1986 y 127/1990)”.

Junto a la garantía formal, el principio de legalidad comprende una serie de garantías materiales que, en relación con el legislador, comportan fundamentalmente la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora. En este sentido hemos declarado –como recuerda la STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3– “que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales (SSTC 62/1982, 89/1993, 53/1994 y 151/1997), promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles (SSTC 69/1989, 34/1996 y 137/1997). También hemos señalado que la Ley ha de describir *ex ante* el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa (SSTC 196/1991, 95/1992 y 14/1998). Expresado con otras palabras, el legislador ha de operar con tipos, es decir, con una descripción estereotipada de las acciones y omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones (SSTC 120/1994 y 34/1996), lo que exige una concreción y precisión de los elementos básicos de la correspondiente figura delictiva; resultando desconocida esta exigencia cuando se establece un supuesto de hecho tan extensamente delimitado que no permite deducir siquiera qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas (STC 306/1994)”. Todo ello orientado a garantizar la seguridad jurídica, de modo que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3).

Ambos aspectos, material y formal, son inescindibles y configuran conjuntamente el derecho fundamental consagrado en el artículo 25.1 CE. Por tanto, aunque la garantía formal se colmaría con la existencia de una norma con rango de Ley (Ley Orgánica cuando se prevean penas privativas de libertad), cualquiera que fuera su contenido (aunque fuera absolutamente indeterminado o se limitara a remitirse a instancias normativas inferiores, de forma que fueran éstas quienes definieran *de facto* lo prohibido bajo amenaza penal), esa cobertura meramente formal resulta insuficiente para garantizar materialmente que sea el Parlamento –a través de mayorías

cualificadas, en su caso— quien defina las conductas punibles con suficiente grado de precisión o certeza para que los ciudadanos puedan adecuar sus comportamientos a tales previsiones.

Finalmente, también hemos afirmado que la reserva de Ley en materia penal no se extiende “a todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos” (STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2) y que «el legislador no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo” (STC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3). El primer inciso del artículo 563 CP tipifica como delito y castiga con pena de prisión de uno a tres años “la tenencia de armas prohibidas”, sin realizar ninguna especificación ulterior acerca de cuáles son éstas. Por tanto, nos encontramos ante un precepto con carácter de Ley Orgánica (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, gozando de tal carácter todos los preceptos excepto los señalados en la disposición final sexta), en el que la definición de la conducta típica incorpora un elemento normativo (armas prohibidas) cuyo significado sólo puede precisarse acudiendo a las normas extrapenales que definen cuáles son las armas prohibidas.

Si bien conforme a la doctrina de este Tribunal, la reserva de Ley en materia penal no excluye la posibilidad de que sus términos se complementen con lo dispuesto en Leyes extrapenales y reglamentos administrativos, en el presente supuesto tal posibilidad debe agotarse en el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero (o la norma que en el futuro lo sustituya) sin que pueda considerarse constitucionalmente admisible, a los efectos de la configuración del tipo penal, la incorporación al mismo de lo prohibido mediante órdenes ministeriales, conforme a lo previsto en la anteriormente transcrita Disposición final cuarta del mismo.

En esta línea, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10, [...] entendiendo que “Una tal remisión a normas infralegales para la configuración incondicionada de supuestos de infracción no es [...] conciliable con lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Constitución”. Por tanto, todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los artículos 4 y 5 mediante una Orden ministerial no podrán considerarse armas prohibidas a los efectos del artículo 563 CP, por impedirlo la reserva formal de Ley que rige en material penal.

[.../...]

Las normas extrapenales han de ser fácilmente identificables de acuerdo con los criterios de integración del propio Ordenamiento jurídico. En el presente supuesto, puede afirmarse que la definición de la conducta típica se complementa, como ha sido tradicional en nuestro ordenamiento, con la normativa extrapenal contenida en el Reglamento de Armas que define cuáles son las armas prohibidas, lo cual colma la exigencia de predeterminación normativa.

Por otra parte, esa llamada a la normativa extrapenal está justificada en atención al bien jurídico protegido por la norma penal —que, conforme a la interpretación doctrinal y jurisprudencialmente más extendida es la seguridad ciudadana (y, mediatamente, la vida y la integridad física de las personas), ante el peligro que para la misma representa la tenencia incontrolada de armas— y parece necesaria a la vista del objeto de la prohibición.

[.../...]

La única cuestión controvertida es, en realidad, si la norma penal define el núcleo esencial de la prohibición, de modo que la norma remitida se limite a completar con carácter instrumental y de forma subordinada a la Ley el contenido de la misma, quedando salvaguardada la función de garantía del tipo penal. El órgano judicial entiende que ello no es así, porque el artículo 563 CP, en el inciso cuestionado permite que

cualquier arma que la Ley ordinaria o el reglamento al que la Ley se remite decidieran prohibir pase a integrar el tipo delictivo, por el mero hecho de estar prohibida en la normativa administrativa, sin ninguna otra exigencia adicional que justifique el recurso a la sanción penal.

[.../...]

Recapitulando todo lo expuesto hasta ahora, a tenor del artículo 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son, exclusivamente, aquellas que cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, y aunque resulte obvio afirmarlo, que sean materialmente armas (pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son); en segundo lugar, que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de Ley o por el reglamento al que la Ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de prohibición del artículo 563 CP todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los artículos 4 y 5 del Reglamento de Armas mediante una Orden Ministerial conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal de Ley que rige en material penal; en tercer lugar, que posean una especial potencialidad lesiva y, por último, que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concorra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho Administrativo sancionador (STC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3)».

(STC 24/2004, de 24 de febrero. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 3371/1997. Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, «BOE» de 26 marzo 2004)

Principio de proporcionalidad de las penas

«Es necesario traer a colación la doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad de las penas, recogida principalmente y en toda su extensión en las SSTC 55/1996, de 8 de marzo (FF JJ 6 a 9); 161/1997, de 2 de octubre (FF JJ 8 a 13), y 136/1999, de 20 de julio (FF JJ 22 a 30).

a) El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales, de modo que si se aduce la existencia de desproporción debe alegarse primero, y enjuiciarse después, en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados. En este sentido este Tribunal tiene declarado en las referidas Sentencias que es el de los derechos fundamentales el ámbito en el que normalmente y de forma particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad y, más concretamente, que en materia penal el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos que la Constitución garantiza puede producirse, bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal, o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito.

En este caso en el que el órgano judicial proponente lo que plantea es la posible desproporción de la extensión de la pena de privación de libertad en relación con algunas de las figuras delictivas que se tipifican en el precepto legal cuestionado, es evidente, frente a la cita que se hace en el Auto de planteamiento de los preceptos constitucionales supuestamente infringidos, que la pretendida desproporción afecta, como precisa también el Fiscal General del Estado, al artículo 25.1, en relación con el derecho a la libertad personal recogido en el artículo 17, ambos de la CE.

b) El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado debe partir en esta sede constitucional de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de esta potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad, que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que ha de atender, no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera, y que podrían catalogarse como funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la combinación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.–, y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena.

El juicio que procede en esta sede, en protección de los derechos fundamentales, debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca “un patente derroche inútil de coacción que convierte a la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” (STC 55/1996, FJ 8), o una “actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona” (STC 55/1996, FJ 9) y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma. “Lejos (pues) de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma” (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, FJ 23).

Expresado en síntesis, cabe afirmar la proporcionalidad de una sanción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena además habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada. En suma para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos o mediatos de protección de la misma son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes. En segundo lugar deberá indagarse si la medida es idónea y

necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto cuestionado. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesaria, cuando “a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador. Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concorra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (SSTC 55/1996, FF JJ 8 y 9; 136/1999, FJ 23)».

(ATC Pleno 233/2004, de 7 de junio. Cuestión de inconstitucionalidad del artículo 153 CP)

Principio «non bis in idem»

«Conviene recordar la jurisprudencia constitucional relevante para su resolución. Según ha declarado este Tribunal “desde una perspectiva sustancial, el principio de *bis in idem* se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado” y “que irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche afflictivo” (STC 177/1999, de 11 de octubre, FFJJ 3 y 4).

También hemos dicho que la garantía de no ser sometido a *bis in idem* se configura como un derecho fundamental, que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3, y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). De ello deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona la lesión (STC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2), pero no es requisito necesario para su producción (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3).

La garantía material de no ser sometido a *bis in idem* sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3, y 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.

En definitiva, este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones “en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4; reiterado entre muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2, y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2).

5. La STC 2/2003, de 16 de enero, resumió y no rectificó en este punto la doctrina expuesta. Y, al mismo tiempo, afirmó la competencia de la jurisdicción constitucional para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de identidad como presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, ya sea sustantivo o procesal».

(STC 180/2004, de 2 de noviembre. Recurso de amparo núm. 3007/1998. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps, «BOE» de 2 de diciembre de 2004)

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 80

Motivación de las resoluciones judiciales en materia de suspensión de la ejecución de las penas

«Hemos afirmado que 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 (STC 25/2000, de 31 de enero, FJ 4). En particular, y 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 constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el artículo 25.2 CE, hemos exigido la ponderación judicial de “las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad” (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; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4).

La exigencia de dicha ponderación judicial aparece ahora prevista legalmente de forma sintética en el artículo 80 CP al establecer que “los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto”. Además, con carácter general el artículo 81 CP establece como requisitos indispensables para dejar en suspenso la pena que el condenado haya delinquirado por primera, que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles».

(STC 202/2004, de 15 de noviembre. Recurso de amparo núm. 6587/2003. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 21 de diciembre de 2004)

ARTÍCULO 131

Momento procesal para alegar la prescripción del delito

«La prescripción del delito puede constituir [...] el objeto de un artículo de previo pronunciamiento que, cuando el proceso penal se tramita por el cauce del procedimiento abreviado, puede ser esgrimida en el llamado trámite de alegaciones previas regulado en el artículo 793.2 de la LECrim a la sazón vigente. Ahora bien, tal momento procesal, no sólo no es preclusivo para la alegación de la prescripción ante el órgano de enjuiciamiento propiamente dicho (pues cabe articular la defensa en el juicio oral con tal alegación), sino que, de acuerdo con una jurisprudencia constante y uniforme del Tribunal Supremo, tampoco impide su alegación en la fase de impugnación de una Sentencia condenatoria».

(STC 11/2004, de 9 de febrero. Recurso de amparo núm. 615/2002. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 10 de marzo de 2004)

ARTÍCULO 153

Delito de malos tratos

«A la luz de la doctrina constitucional expuesta ha de examinarse la duda de constitucionalidad que al órgano judicial le suscita el artículo 153 CP en la redacción vigente dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Como se indica en su exposición de motivos con el artículo 153, junto con otros preceptos también objeto de la mencionada reforma, el legislador ha pretendido afrontar y combatir el fenómeno de la violencia doméstica, que “tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar” y “es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de esos delitos”. Al respecto, los delitos relacionados con la violencia doméstica son objeto de preferente atención en la citada reforma legislativa, a fin de que “el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos”, para lo cual se incrementa “de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que pueden afectar al bien jurídico protegido”. En concreto, en el artículo 153 CP el legislador ha procedido a incluir en él “las conductas consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, [que] cuando se cometan en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas” (exposición de motivos III).

En otras palabras, con la vigente redacción del artículo 153 CP el legislador ha elevado a la categoría de delito conductas contempladas como faltas en la regulación anterior del Código penal (art. 617) cuando se cometan contra alguna de las personas que se citan en el artículo 173.2 CP, elevándose también, en consecuencia, la sanción a imponer en atención al ámbito doméstico en el que aquellas conductas se producen; esto es, al círculo o relación especial que existe entre los sujetos pasivos y el agresor.

5. El órgano judicial proponente en ningún momento cuestiona en el Auto de planteamiento la relevancia social ni la entidad constitucional de los bienes o intereses que el precepto examinado pretende proteger, así como tampoco la idoneidad de las sanciones previstas, sino únicamente y en relación con determinadas figuras delictivas tipificadas en el precepto la necesidad de la pena de privación de libertad y su proporcionalidad en sentido estricto.

Aunque la duda de constitucionalidad se contrae a los aspectos indicados, no puede dejar de resaltarse desde nuestro específico control de constitucionalidad, ante el problema social de primera magnitud que en nuestro país representa la violencia doméstica, la relevancia social de los bienes o intereses que el precepto pretende proteger, constituidos no sólo por la libertad y la integridad psíquica y física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica, así como su directa y estrecha conexión con principios y derechos constitucionales, como la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), o, también entre otros, la protección de la familia (art. 39). Asimismo, tampoco cabe dudar de la idoneidad de las sanciones previstas en el precepto cuestionado, al tratarse de medidas que con toda seguridad pueden contribuir a evitar, como con ellas y en especial con la pena de prisión ha pretendido el legislador según ha quedado explicitado en la exposición de motivos de la Ley, la realización de actos de violencia doméstica, persiguiendo en lo posible su erradicación, y a alcanzar y asegurar la mejor y más adecuada protección de las víctimas y una pacífica convivencia en el ámbito doméstico.

6. El órgano judicial proponente cuestiona, en primer término, como ya se ha indicado, la necesidad de la pena de prisión en relación con algunas de las conductas delictivas tipificadas en el precepto legal, al considerar que existen medios alternativos suficientes para la consecución de la finalidad perseguida por el legislador de castigar el ilícito y pacificar las relaciones entre los sujetos descritos en la norma, al margen de la pena privativa de libertad.

Ha de recordarse al respecto que el control de constitucionalidad sobre la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas, pero con la misma eficacia, tiene un alcance y una intensidad muy limitados, so pena de arrogarse este Tribunal un papel de legislador imaginario que no le corresponde, y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido, de modo que sólo si a la luz de un razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de las sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo del derecho para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento. Por ello desde la perspectiva que ahora nos ocupa la tacha o el reproche de desproporcionalidad sólo será aplicable, cuando las medidas alternativas sean palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critica por desproporcionada (SSTC 55/1996, FJ 8; 161/1997, FJ 11, y 136/1999, FJ 28).

Para rechazar en el extremo que ahora nos ocupa la duda de constitucionalidad del órgano judicial, basta con reparar, en primer término, y como pone de manifiesto el Fiscal General del Estado, en que al respecto el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad se muestra huérfano de todo razonamiento, pues ni siquiera se indica o menciona en aquél medida alternativa alguna a la pena de prisión prevista por el legislador, ni nada se argumenta, por tanto, sobre la existencia de medida de menor intensidad y de una funcionalidad similar a la legalmente establecida; en segundo lugar, que la pena de prisión no es la única que como pena principal

se recoge en el precepto legal cuestionado, sino que, por el contrario, como permite apreciar su lectura, tiene como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que en ningún caso la pena de prisión es de imposición obligatoria; y, en tercer lugar, que las conductas que se sancionan en el precepto en ningún caso constituyen ni resultan amparadas por el ejercicio legítimo de algún derecho proclamado en la CE, de modo que “no estamos ante un ámbito tutelado por esos derechos fundamentales y, en consecuencia, la protección frente a sacrificios innecesarios o excesivos es sin duda menor” (STC 136/1999, FJ 28).

La concurrencia de las circunstancias expresadas, junto a la importancia de los bienes e intereses que pretende tutelar el precepto penal cuestionado y al control de constitucionalidad reservado a este Tribunal en este ámbito, conducen a concluir que no puede prosperar la duda de constitucionalidad del órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad en el sentido de considerar que la pena de prisión prevista por el legislador resulte innecesaria.

7. Por último, el órgano judicial estima desproporcionada en su extensión o duración la pena de prisión de nueve meses a un año prevista en el precepto cuestionado para los malos tratos domésticos que califica de carácter venial o que no causan lesiones, cuando los mismos tengan lugar en el domicilio común del agresor y de la víctima, en el de ésta o en presencia de menores.

El juicio estricto de proporcionalidad, que es el aspecto ahora cuestionado, es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir –y, en general, los beneficios que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales– y la gravedad de la pena que se impone –y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales– (STC 136/1999, FJ 29). Juicio, hemos de recordar una vez más, que corresponde al legislador en el ejercicio de su actividad normativa, que se rige, por lo demás, a la hora de delimitar el marco abstracto de la pena que se establece para un determinado tipo delictivo, por una multiplicidad de criterios que debe conjugar. No obstante esa relación de proporcionalidad, en ningún caso puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona. Sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional, debiendo partirse para su realización de pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa (STC 55/1996, FJ 9).

Pues bien, para rechazar también en este aspecto la duda de constitucionalidad del órgano proponente es suficiente con poner de manifiesto, en primer término, la falta de un mínimo razonamiento o argumentación en el Auto de planteamiento de la cuestión que sirva de sustento a la apodíctica afirmación de que la pena de prisión prevista puede resultar desproporcionada en su extensión, así como, en segundo lugar, y como ya se ha indicado, que la pena de prisión no es la única que como pena principal se prevé en el precepto legal cuestionado, sino que, por el contrario, como permite apreciar su lectura, tiene como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que en ningún caso la pena de prisión es de imposición obligatoria. Ambas circunstancias, unidas a los importantes bienes e intereses protegidos por el precepto legal cuestionado, y a pesar de la indudable severidad sancionadora que puede suponer cuando se imponga la pena de prisión, no permiten apreciar en este caso un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre el desvalor de la conducta y la sanción, que conduzca a afirmar la infracción constitucional que asevera el órgano judicial.

Al alcanzar esta conclusión, en modo alguno puede obviarse que la dimensión que el fenómeno social de la violencia doméstica reviste actualmente en nuestro país ha obligado al legislador a reformar la legislación penal, al objeto de incluir y tipificar como delito, como se indica explícitamente en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, “todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido” por el tipo penal, de modo que no quedaran fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de conducta violenta en el ámbito doméstico. Tal respuesta penológica, como señala el Fiscal General del Estado, no sólo no se aparta de los valores constitucionalmente tutelados por la norma, sino que persigue una mayor y más eficaz protección de los mismos ante la envergadura que en nuestra sociedad ha adquirido la violencia doméstica y la percepción social de la escasa respuesta punitiva existente ante dicho fenómeno y, por consiguiente, de la insuficiente protección conferida a las víctimas. Pero además el legislador ha combinado esta ampliación con la puesta a disposición del órgano judicial de resortes necesarios, como lo es la alternativa entre la pena prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad, a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de esas conductas de violencia doméstica; esto es, para atemperar la sanción penal a la entidad de las conductas de violencia doméstica, que si bien en unas ocasiones pueden revestir menor trascendencia que en otras en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes.»

(ATC Pleno 233/2004, de 7 de junio. Cuestión de inconstitucionalidad del art. 153 CP)

ARTÍCULOS 205 Y SIGUIENTES

Delitos contra el honor

«Como indicamos en la SSTC 2/2001, de 15 de enero (FJ 5), recordando las SSTC 42/1995, de 18 de marzo (FJ 2), y 107/1988, de 8 de junio (FJ 2), si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y falta de respeto a las instituciones y autoridades, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos.

Y ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del artículo 20.1 a) y d) CE, como cuestión previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si éstos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que las libertades del artículo 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuricidad de esa conducta (STC 104/1986, de 13 de agosto, FFJJ 6 y 7, reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4;

85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 136/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 297/1994, de 14 de noviembre, FFJJ 6 y 7; 320/1994, de 28 de diciembre, FFJJ 2 y 3; 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 12 de febrero, FJ 2; 232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5). Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito (SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 2; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5), de manera que la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal, o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, no es constitucionalmente admisible.

En ese obligado análisis previo a la aplicación del tipo penal el Juez penal debe valorar, desde luego, si en la conducta enjuiciada concurren aquellos elementos que la Constitución exige en su artículo 20.1 *a*) y *d*) para tenerla por un ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que le impone comprobar, si de opiniones se trata, la ausencia de expresiones manifiestamente injuriosas e innecesarias para lo que se desea manifestar, y, de tratarse de información, que ésta sea veraz. Pues si la opinión no es formalmente injuriosa e innecesaria o la información es veraz no cabe la sanción penal, ya que la jurisdicción penal, que debe administrar el *ius puniendi* del Estado, debe hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar, ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, ni desproporcionada, ya que así lo impone la interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales, rigurosamente motivada y ceñida al campo que la propia Constitución ha dejado fuera del ámbito protegido por el artículo 20.1 CE. Cuando el Juez penal incumple con esta obligación y elude ese examen preliminar para comprobar si la pretendida antijuricidad de la conducta ha de quedar excluida, al poder ampararse el comportamiento enjuiciado en lo dispuesto por el citado precepto constitucional, no sólo está desconociendo las libertades de expresión e información del acusado al aplicar el *ius puniendi* del Estado, sino que las está, simplemente, vulnerando.

En consecuencia, y como en más de una ocasión hemos dicho, la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto de la circunstancia de que los hechos a considerar no sean sino manifestaciones concretas del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables, o la carencia manifiesta de fundamento de dicho examen, han de ser consideradas de por sí lesivas (STC 136/1994, de 9 de mayo, FJ 2, y las allí citadas, y las SSTC 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 18 de marzo, FJ 1; 2/2001, de 15 de enero, FJ 3, y 185/2003, de 27 de octubre, FJ 3) y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas a través de él.»

(STC 115/2004, de 12 de julio. Recurso de amparo núm. 978/2002. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel, «BOE» de 11 de agosto de 2004. En el mismo sentido, STC 127/2004, de 19 de julio. Recurso de amparo núm. 5108/2001. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel, «BOE» de 18 de agosto de 2004)

ARTÍCULO 379

Presunción de inocencia en delito de conducción de vehículos bajo la influencia de bebidas alcohólicas

«Es necesario traer a colación, aun resumidamente, la reiterada doctrina constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en relación con

los elementos del delito de conducción de vehículos a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

La actividad probatoria que exige el artículo 24.2 CE para respetar la presunción de inocencia ha de ponerse en relación con el delito por el que ha sido condenado el imputado, ya que, a los efectos de considerar enervada la presunción de inocencia de forma constitucionalmente legítima, se han de acreditar todos los elementos fácticos, cuya concurrencia es presupuesto de la subsunción en la norma penal aplicada; esto es, todos los elementos del hecho constitutivo de la infracción, dado que la presunción de inocencia ha de venir referida a un determinado hecho configurador de un tipo penal, en el que deben incluirse las circunstancias que por mandato legal tienen que concurrir en el mismo (SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3, y 188/2002, de 14 de octubre, FJ 3).

Pues bien, respecto al delito de conducción de vehículos a motor bajo el efecto de bebidas alcohólicas, este Tribunal tiene declarado, en relación con el artículo 340 bis a) 1 del anterior CP de 1973, doctrina que ha reproducido en relación con el artículo 379 del vigente CP, dada la identidad de la figura delictiva de uno y otro precepto, que se trata de un tipo autónomo de los delitos contra la seguridad del tráfico que, con independencia de los resultados lesivos, sanciona, entre otros supuestos, la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y que requiere no sólo la presencia de una determinada concentración alcohólica, sino que además esta circunstancia influya o se proyecte en la conducción. Se trata de una figura delictiva similar, pero no idéntica, a la correlativa infracción administrativa, que tipifica el artículo 12.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, caracterizándose aquélla por la exigencia de un peligro real para la seguridad del tráfico, en tanto que ésta tiene carácter formal y se aplica de forma que pudiéramos llamar automática, pues para la realización de la infracción administrativa y la imposición de la correspondiente sanción basta con acreditar mediante la prueba de alcoholemia que la ingestión de alcohol supera la tasa fijada de forma reglamentaria, no exigiéndose la acreditación de que en el caso concreto dicha ingestión haya tenido influencia en la capacidad psicofísica del conductor ni, derivado de ello, en su forma de conducción o en la seguridad del tráfico vial. Por el contrario, el delito del artículo 379 CP no constituye una infracción meramente formal, pues para imponer la pena no basta con comprobar a través de la pertinente prueba de alcoholemia que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra de las sustancias mencionadas en el mismo, sino que es necesario que se acredite que dicha ingestión ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor y, como consecuencia de ello, a la seguridad en el tráfico, que es el bien protegido por dicho delito.

La influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo del tipo penal que consecuentemente requiere una valoración del Juez, en la que éste deberá comprobar si en el caso concreto de la conducción estaba afectada por la ingestión del alcohol. De modo que, para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aunque resulte acreditada esa circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la Ley exige, es también necesario comprobar su influencia en el conductor; comprobación que naturalmente habrá de realizar el juzgador, ponderando todos los medios de prueba obrantes en autos que reúnan dichas garantías. Por ello hemos afirmado que la prueba de impregnación alcohólica puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas, a la condena del conductor del vehículo, pero ni es la única prueba que puede producir esa condena, ni es una prueba imprescindible para su existencia (SSTC 145/1985, de 28 de octubre, FJ 4; 148/1985, de 30 de octubre, FJ 4; 145/1987, de 23 de septiembre, FJ 2; 22/1988,

de 18 de febrero, FJ 3 a); 222/1991, de 25 de noviembre, FJ 2; 24/1992, de 14 de febrero, FJ 4; 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 5; 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 3, y 2/2003, de 16 de enero, FJ 5 b).

Desde nuestra labor de enjuiciamiento, y a los efectos de la resolución del presente recurso de amparo, lo que nos corresponde únicamente es constatar que en el proceso penal no se intentó ni se practicó prueba alguna sobre la afirmación en la que se sustenta en este caso la acreditación de la influencia de la ingesta de alcohol en las facultades de conducción del demandante de amparo [.../...]. La constatación de tal vacío probatorio, cuya carga corresponde obviamente a la acusación, es suficiente por sí misma, sin necesidad de entrar en cualquier otra consideración que pudieran suscitar las Sentencias recurridas, para concluir que en este caso, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia en el precedente fundamento jurídico, ha resultado vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente en amparo, al no haberse practicado en el proceso prueba alguna que acredite la influencia de la ingesta de alcohol en sus facultades para la conducción del vehículo a motor.»

(STC 68/2004, de 19 de abril. Recurso de amparo núm. 5225/2002. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 18 de mayo de 2004)

ARTÍCULO 563

Vid. comentario de jurisprudencia del epígrafe «Principio de legalidad penal. Leyes penales en blanco. Delito de tenencia de armas prohibidas», del artículo 25 de la Constitución.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 509

Incomunicación de detenidos. Motivación de las resoluciones judiciales en que se acuerda

«Nuestra doctrina, en relación con las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que acuerdan la incomunicación de los detenidos, aparece contenida en STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.

En esta Sentencia afirmamos, apoyándonos en lo declarado en STC 196/1987, de 16 de diciembre, y ATC 155/1999, de 14 de junio, que siendo la incomunicación algo más que un grado de intensidad en la pérdida de la libertad, dadas las trascendentales consecuencias que se derivan de esta situación de incomunicación para los derechos del ciudadano y, en concreto, las limitaciones del derecho a la asistencia letrada (art. 17.3 CE), la adecuación a la Constitución de las resoluciones judiciales que la autorizan han de analizarse desde la perspectiva de un especial rigor.

“Por consiguiente, las resoluciones que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego, que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige (ATC 155/1999, de 14 de junio, FJ 4). De manera que es ciertamente exigible la exteriorización de los extremos que permiten afirmar la ponderación judicial efectiva de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, la adecuación de la medida para alcanzarlo y el carácter imprescindible de la misma (por todas, SSTC 55/1996, de 28 de marzo; 161/1997, de 2 de octubre; 61/1998, de 17 de marzo, y 49/1999, de 5 de abril). Será necesario, asimismo, que consten como presupuesto de la medida los indicios de los que deducir la conexión de la persona sometida a incomunicación con el delito investigado, pues la conexión ‘entre la causa justificativa de la limitación pretendida –la averiguación del delito– y el sujeto afectado por ésta –aquel de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o pueda hallarse relacionado con él– es un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad’ (SSTC 49/1999, de 4 de abril, FJ 8, y 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8). A estos efectos, ha de tenerse en cuenta que... la finalidad específica que legitima la medida de incomunicación reside en conjurar los peligros de que ‘el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas a ésta propicie que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión’ (STC 196/1987, FJ 7, y ATC 155/1999, FJ 4). De otra parte, la necesidad de la incomunicación para alcanzar esta finalidad deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos, así como de las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en ellos, de manera que todo ello puede hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto (STC 196/1987, FJ 7, y ATC 155/1999, FJ 4)”.»

(STC 7/2004, de 9 de febrero. Recurso de amparo núm. 5316/1997. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 10 de marzo de 2004)

ARTÍCULO 733

Vid. comentario de jurisprudencia al epígrafe “Principio acusatorio” del artículo 24.1 de la Constitución.

ARTÍCULOS 954 Y SIGUIENTES

Recurso de revisión

«En efecto, “el recurso de revisión, encaminado a la anulación de una Sentencia firme y que significa, en consecuencia, una derogación al principio preclusivo de la cosa juzgada, exigencia de la seguridad jurídica, es por su propia naturaleza un recurso extraordinario, históricamente asociado al derecho de gracia y sometido a condiciones de interpretación estricta. Sin negar que, como tal recurso extraordinario, obedezca a las preocupaciones propias del artículo 24 de la Constitución, su existencia se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, configurada por el artículo 1.1 de la Constitución, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político,

como uno de los ‘valores superiores’ que propugna el Estado social y democrático de Derecho en el que España, en su virtud, se constituye. Es una exigencia de la justicia, tal y como la entiende el legislador constituyente, estrechamente vinculada a la dignidad humana y a la presunción de inocencia, por cuanto el factor por el que resultó neutralizada ésta en la Sentencia, cuya revisión se pide, resulta a su vez anulado por datos posteriores que la restablecen en su incolumidad. Bien cabe afirmar que, dados los supuestos que para su interposición se exigen, tal recurso, independientemente de los ya existentes en el procedimiento en aras del descubrimiento de la verdad penal y de la consecución del fallo más adecuado, es un postulado inexcusable de la justicia, por cuanto la circunstancia que permite acudir a él implica un hecho o medio de prueba que venga con posterioridad a evidenciar la equivocación del fallo. Y el fin del proceso penal, como medio para la fijación de la verdad de los hechos y de su consiguiente tratamiento legal, no puede conducir a que el efecto preclusivo de la Sentencia condenatoria pueda prevalecer” (SSTC 124/1984, de 18 de diciembre, FJ 6, y 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5).

Igualmente hemos destacado que el recurso de revisión penal está sometido, “como se desprende de una consideración de Derecho comparado, a condiciones variables, a modo de cautelas, tendentes a mantener el necesario equilibrio entre las exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica” (STC 124/1984, de 18 de diciembre, FJ 8; en el mismo sentido, STC 92/1989, de 22 de mayo, FJ 2), entre las que, en nuestro ordenamiento, se encuentra la exigencia del trámite de autorización previsto en el artículo 957 LECrim, cuya finalidad es, fundamentalmente, la preservación de la seguridad jurídica que deriva de la interdicción de las Sentencias firmes (STC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5).

4. Ya más concretamente, ha de señalarse:

a) Que pese a que la LECrim y la Ley Procesal Militar califiquen la revisión como un recurso, como afirmábamos en la STC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 3, “en puridad, no estamos ante una reivindicación relativa al acceso a los sucesivos recursos –en la que el control que puede efectuar este Tribunal es puramente el de la existencia de motivación y que ésta no sea arbitraria (STC 137/1995)–, sino que se trata más bien de una vía de impugnación autónoma que, a los efectos del problema de constitucionalidad que nos corresponde enjuiciar, se aproxima más a la del acceso a la jurisdicción que a la del acceso a los recursos”. Por ello, el enjuiciamiento constitucional “no debe limitarse a controlar la existencia de motivación en la decisión de inadmisión y la razonabilidad de la misma, sino que aquí opera el principio *pro actione* ‘entendido... como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican’ (STC 88/1997, FJ 2)”.

b) Que en este terreno de acceso a la jurisdicción, recordando como antes señalábamos que el recurso de revisión obedece a “imperativos de la justicia”, el trámite de autorización previsto en el artículo 957 LECrim cumple una función fundamental por lo que se atribuye a la Sala, para el caso de que existan dudas razonables, “la práctica de las diligencias que estime pertinentes”.

c) Dicho trámite, como con acierto advierte el Auto recurrido, proporciona a la Sala elementos para “decidir si la revisión que se intenta por los promoventes encuentra, en principio, suficiente amparo en alguna de las causas que en el precepto de forma tasada se señalan para, sin prejuzgar cuál sea el definitivo resultado del correspondiente proceso, admitir a trámite la pretensión revisora, autorizando su interposición y sometiéndola al procedimiento regulado en el artículo 959 de la LECrim, o, en

caso de estimar que no concurre el indicado acogimiento en las causas antes señaladas, no otorgar la necesaria autorización”.

No se trata, pues, de apreciar ya, en ese momento procesal, si existen “pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo”, sino de valorar si hay una base *prima facie* bastante para dar curso a la revisión.

d) Y como hemos visto, a la Sala, para esa afirmación *prima facie*, se le atribuye un claro protagonismo en la búsqueda de “la verdad de los hechos”, practicando las diligencias pertinentes, cuando existen dudas razonables.

En definitiva, pues, el trámite del artículo 957 LECrim se incluye en un terreno próximo al acceso a la jurisdicción y en cuanto que tal acceso, cuando existen aquellas dudas, exige la práctica de las diligencias pertinentes, que tienen como finalidad obtener una determinada convicción de la Sala, habrá que aplicar el canon propio del derecho a la prueba: del resultado de aquellas diligencias depende el otorgamiento o la denegación de la autorización para la interposición del recurso, es decir, el acceso a la jurisdicción.»

(STC 123/2004, de 13 de julio. Recurso de amparo núm. 1606/1999. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 11 de agosto de 2004)

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 37.1

Inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad cuando es infundada

«El artículo 37.1 LOTC permite a este Tribunal inadmitir mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado la cuestión de inconstitucionalidad cuando “fuere notoriamente infundada”. Respecto al concepto de “cuestión notoriamente infundada” es doctrina constitucional consolidada que dicha expresión “encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad” (AATC 389/1990, de 29 de octubre, y 165/2001, de 29 de junio), existiendo supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, como acontece con el presente caso, sin que ello signifique necesariamente que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, por lo que en tales casos puede resultar conveniente resolver la cuestión en primera fase procesal. (AATC 380/1990, de 29 de octubre; 134/1995, de 9 de mayo; 380/1996, de 17 de diciembre; 229/1999, de 28 de septiembre; 119/2000, de 10 de mayo; 311/2000, de 19 de diciembre; 46/2001, de 27 de febrero; 47/2001, de 27 de febrero; 165/2001, de 29 de junio, y 63/2004, de 24 de febrero).»

(ATC Pleno 233/2004, de 7 de junio. Cuestión de inconstitucionalidad del artículo 153 CP)

ARTÍCULO 44.1 a)

Agotamiento de la vía judicial previa

«Con arreglo a la consolidada doctrina de este Tribunal, recordada en la STC 5/2003, de 20 de enero, FJ 2, “la necesaria salvaguardia del carácter subsidiario del recurso de amparo exige el agotamiento previo de todos los recursos utilizables en la vía judicial, por lo que, siempre que exista un recurso o remedio procesal susceptible de ser utilizado, y adecuado por su carácter o naturaleza para tutelar o dar reparación al derecho fundamental que se considere vulnerado, tal recurso ha de agotarse antes de acudir al Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 284/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 105/2001, de 23 de abril, FJ 2; y 119/2002, de 20 de mayo, FJ 2)... Ahora bien, también hemos dicho que la exigencia de agotar la vía judicial procedente no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiestan como ejercitables, de forma que no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponer el recurso, así como de su adecuación para reparar la lesión de los derechos fundamentales invocados en la demanda de amparo, requiriéndose, además, que su falta de utilización tenga origen en la conducta voluntaria o negligente de la parte o de los profesionales que le prestan su asistencia técnica (SSTC 5/2001, de 15 de enero, FJ 2; y 190/2001, de 1 de octubre, FJ 2)”. Asimismo, recuerda la STC 5/2003, de 20 de enero, que “no basta la alegación abstracta de la procedencia del recurso, correspondiendo a quien pretende hacer valer su no interposición como motivo de inadmisibilidad el acreditar la posibilidad de recurrir a esta extraordinaria vía en el supuesto concreto, debiéndose abstener de efectuar vagas invocaciones sobre la procedencia del recurso (SSTC 107/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 142/2001, de 18 de junio, FJ 2; 171/2001, de 19 de julio, FJ 2; y 119/2002, FJ 2). La omisión de esta carga por parte de la demandada lleva aparejada la desestimación de la causa de inadmisión alegada”.»

(STC 167/2004, de 4 de octubre. Recurso de amparo núm. 6655/2002. Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera, «BOE» de 9 de noviembre de 2004)

ARTÍCULO 44.1 c)

Invocación judicial previa del derecho fundamental vulnerado

«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 133/2002, de 3 de junio, FJ 3, o 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 2). 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 136/2002, de 3 de junio, FJ 2; 133/2002, de 3 de junio, FJ 3; o 15/2002, de 28 de enero, FJ 2).»

(STC 29/2004, de 4 de marzo. Recurso de amparo núm. 4850/2001. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 6 de abril de 2004. En el mismo sentido, STC 174/2004, de 18 de octubre. Recurso de amparo núm. 3292/2002. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas, «BOE» de 19 de noviembre 2004)

ARTÍCULO 49

Necesidad de probar lo que se alega cuando se trata de Derecho extranjero

«Reiteradamente hemos señalado que sobre quien impetra el amparo constitucional pesa la carga de proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente quepa esperar, sin que a este Tribunal Constitucional le corresponda reconstruir de oficio las demandas; exigencia esta que es especialmente aplicable a supuestos como el presente, en los que la base de la pretensión de amparo radica en la supuesta lesión cometida en el ámbito de aplicación de un ordenamiento jurídico de otro Estado (SSTC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9; 21/2001, de 29 de enero, FJ 3, y 69/2001, de 17 de marzo, FJ 24). Tratándose de Derecho extranjero no rige el principio *iura novit curia*, debiendo ser probado por quien lo alegue, para que sea interpretado y aplicado por los órganos de la jurisdicción ordinaria (SSTC 10/2000, de 17 de enero, FJ 3, y 155/2001, de 2 de julio; FFJJ 4 y 5) y, en la medida en que ello sea necesario, por este Tribunal Constitucional en un procedimiento de amparo con el objeto de analizar la eventual vulneración del derecho fundamental.»

(STC 181/2004, de 2 de noviembre. Recurso de amparo núm. 3134/1999. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 2 de diciembre de 2004)

ARTÍCULO 50

Inadmisión a trámite por irretroactividad de la Constitución

«Este Tribunal se ha pronunciado sobre ello directamente en las SSTC 9/1981, de 31 de marzo (ejecución tras la entrada en vigor de la Constitución de una Sentencia contencioso-administrativa de 1975, que se habría dictado *inaudita parte*), 43/1982, de 6 de julio (sobre Sentencia del Tribunal Supremo de 1960 que confirmaba una jubilación de militar que había luchado en la zona republicana en la Guerra Civil supuestamente contraria al art. 14 CE), 35/1987, de 18 de marzo [suceso ocurrido en 1962 que vulneraría el artículo 20.1 b) CE], y ATC 262/1990, de 18 de junio (revisión de Sentencia de 1963 que impuso condena a pena de muerte a D. Julián). Declara este Tribunal en la última resolución citada (que se pronunció sobre el caso que mayor semejanza tiene con el que plantea la demanda de amparo) que “la Constitución no tiene efectos retroactivos, por lo que no cabe intentar enjuiciar, mediante su aplicación, los actos del poder producidos antes de su entrada en vigor. La Sentencia dictada contra D. Julián el 18 de abril de 1963 resultaría probablemente inválida por más de

una razón, si tal juicio fuera posible [...]” (ATC 262/1990, FJ Único, que cita jurisprudencia anterior).

En la jurisprudencia previa de este Tribunal se había admitido que la Constitución pudiera afectar a situaciones nacidas con anterioridad a su entrada en vigor, pero cuyos efectos todavía no se hubieran agotado, lo que encuentra apoyo normativo en la disposición transitoria segunda, apartado 1, LOTC [SSTC 9/1981, FJ 3; 43/1982, FJ 1 (que se refiere a una “débil eficacia retroactiva”); 35/1987, FJ 3]. Con respecto a situaciones jurídicas nacidas y agotadas antes de la entrada en vigor de la Constitución, sin embargo, ha declarado este Tribunal, utilizando la terminología clásica en esta materia, que no se puede pretender otorgar al texto constitucional una “retroactividad en grado máximo” (STC 43/1982, FJ 1), de forma tal que no puede admitirse el intento de formular el recurso de amparo para “remediar toda aquella situación anterior a la Constitución, cualquiera que sea su fecha, que pudiera resultar vulneradora de los derechos fundamentales que en la misma se instauran, incluidas las que hubiesen sido objeto de pronunciamientos judiciales y mantenidas en Sentencias firmes de acuerdo con la legalidad vigente en su momento” (STC 35/1987, FJ 3).

Que la situación jurídica declarada por la Sentencia de 1975 ahora impugnada (una condena a muerte ejecutada de forma inmediata) agotó todos sus efectos antes de la entrada en vigor de la Constitución es, en este caso, trágicamente incontestable. Debe tenerse en cuenta que no se invoca en la demanda de amparo ningún derecho fundamental como el honor personal o de la familia, que de alguna manera pudieran seguir viéndose afectados tras la entrada en vigor de la Constitución, sino exclusivamente los derechos fundamentales a los que ya se ha hecho referencia. Y cae fuera de la competencia de este Tribunal contrastar con las normas, valores y principios garantizados por la Constitución Española de 1978 actos del poder público, como la dramática ejecución de una condena a muerte, que pertenecen a la Historia de España anterior al momento de su entrada en vigor. Procede, por tanto, declarar la inadmisión del presente recurso de amparo por la causa puesta de manifiesto en la providencia de la Sección Primera de este Tribunal de 23 de abril de 2003 [art. 50.1 c) LOTC].»

(ATC de 25 de mayo de 2004. Ponente: D. Vicente Martín de Hijas)

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 a trámite, de forma que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede siempre abordarse en la Sentencia, de oficio o a instancia de parte (SSTC 50/1991, de 11 de marzo, FJ 3; 318/1994, de 28 de noviembre, FJ 4; 114/1999, de 14 de junio, FJ 2; 153/1999, de 14 de septiembre, FJ 2; 129/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 3; 105/2001, de 23 de abril, FJ 2; 228/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 18/2002, de 28 de enero, FJ 3; 74/2002, de 8 de abril, FJ 2; y 133/2002, de 3 de junio, FJ 2).»

(STC 174/2004, de 18 de octubre. Recurso de amparo núm. 3292/2002. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas, «BOE» de 19 de noviembre 2004)

ARTÍCULOS 54 Y 55

Efectos del otorgamiento del amparo. Inexistencia de un derecho a la obtención de condenas penales

«Habrà que recordar (SSTC 21/2000, de 31 de marzo, FJ 2, y 4/2004, de 16 de enero, FJ 4):

a) “Que, como hemos afirmado reiteradamente, el recurso de amparo constitucional no es cauce idóneo para pedir una condena penal, ya que la Constitución no otorga ningún derecho a obtener este tipo de condena (ATC 228/1987, de 25 de febrero; SSTC 147/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 83/1989, de 10 de mayo, FJ 2; 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 11; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5; 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4; 74/1997, de 21 de abril, FJ 5, y 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2).

Ahora bien, de esta afirmación no cabe deducir que, cuando se haya acudido a la vía penal como medio de reacción contra las vulneraciones de los derechos fundamentales de carácter sustantivo y dichos órganos judiciales no hayan dictado Sentencia condenatoria, este Tribunal no pueda pronunciarse sobre la existencia de la vulneración constitucional alegada. En este caso [...] el juicio que puede efectuarse en sede de amparo constitucional no puede extenderse a analizar si concurren o no los elementos del tipo delictivo, pues, salvo en los supuestos en los que la interpretación efectuada por los órganos judiciales de estos elementos sea irrazonable de tal forma que la misma pueda conllevar una vulneración del principio de legalidad penal (por todas, STC 189/1998, de 28 de septiembre), ésta es una tarea de estricta legalidad ordinaria que compete en exclusiva a la jurisdicción penal (AATC 321/1984, de 30 de mayo; 582/1984, de 10 de octubre; 847/1988, de 4 de julio; 189/1989, de 17 de abril, y 61/1992, de 3 de marzo, y STC 78/1995, de 22 de mayo). Sí corresponde, en cambio, a este Tribunal revisar las decisiones que en relación con los derechos fundamentales alegados haya podido adoptar la jurisdicción penal, al ser éste el objeto propio y específico del recurso de amparo constitucional. Como señalamos en la STC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, en el seno de un proceso penal pueden verse lesionados no sólo derechos procesales, sino también derechos sustantivos con consideraciones o declaraciones judiciales que atenten a su contenido, y por ello dichas declaraciones o consideraciones son susceptibles de control constitucional a través del recurso de amparo”.

b) “No obstante, dado que esta revisión constitucional tiene como objeto Sentencias absolutorias o resoluciones judiciales que materialmente producen este efecto –Autos de sobreseimiento o en los que se ordena el archivo de las diligencias por considerar que los hechos imputados no son constitutivos de delito–, su alcance queda reducido únicamente a comprobar si el órgano judicial ha adoptado su decisión tras efectuar, en un auténtico proceso (STC 138/1999, de 22 de julio), una interpretación y una aplicación constitucionalmente correctas del derecho fundamental alegado y, de no ser así, a declarar lesionado el derecho fundamental, pero sin que tal pronunciamiento conlleve, a su vez, la declaración de nulidad de la resolución judicial impugnada. Como declaramos en la STC 41/1997, de 10 de marzo, citando a la STC 114/1995, de 6 de julio, la jurisdicción constitucional de amparo ‘no ha sido concebida sino para corregir posibles vulneraciones de los derechos fundamentales y libertades públicas’ y por ello en la STC 41/1997, de 10 de marzo (FJ 6), sostuvimos ‘la inviabilidad de anular en esta sede una Sentencia con un pronunciamiento absoluto de fondo que haya adquirido firmeza sobre la base de un derecho de acción que

el legislador, en virtud de un sólido fundamento constitucional, ha declarado ya extinguido, prolongando indebidamente, en sede de amparo, el proceso penal”.

c) “De esta forma, en el caso de que se llegara a la conclusión de que la Sala ha infringido el derecho fundamental invocado por no haber efectuado una valoración del mismo acorde con su contenido constitucional y se otorgase el amparo solicitado, el recurrente podría obtener la protección del derecho fundamental que estima lesionado mediante un pronunciamiento declarativo en el que se le reconozca el derecho o libertad pública cuya lesión ha motivado la demanda de amparo [pronunciamiento expresamente previsto en el art. 55.1 b) LOTC]. Tal pronunciamiento constituye en sí mismo la reparación del derecho fundamental invocado, sin que su carácter declarativo le prive de su efecto reparador, ya que a través del mismo no sólo se obtiene el reconocimiento del derecho, sino que, además de proporcionar esta reparación moral, puede conllevar otro tipo de efectos al ser potencialmente generador de una futura indemnización (STC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2)”.

d) “Éste debe ser, por tanto, el alcance de un eventual fallo estimatorio en estos casos en los que se imputa al órgano judicial penal lesión de derechos fundamentales sustantivos y la resolución penal impugnada no sea una Sentencia condenatoria. En estos supuestos la estimación del amparo no puede conllevar la anulación de una resolución judicial materialmente absolutoria –ya sea una Sentencia o un Auto del que se derive este efecto– por ser contraria tal consecuencia al principio de seguridad jurídica (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 6, y 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2) en relación con el artículo 24 CE, pues tal pronunciamiento podría arrojar sobre quien ha sido absuelto o ha visto archivada una querrela la carga y gravedad de un nuevo enjuiciamiento, que sería incompatible con la Constitución al no estar destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional (STC 159/1987, de 26 de octubre) y no venir exigido tampoco por la necesidad de tutelar los derechos fundamentales del recurrente en amparo –como ya se ha indicado, dicha tutela la dispensa el pronunciamiento declarativo de este Tribunal sin que la misma requiera la nulidad de la Sentencia al no formar parte de los derechos fundamentales sustantivos el derecho de acción penal”.

e) En último término, ha de subrayarse que hemos llegado al “resultado de anular una resolución judicial penal materialmente absolutoria –el Auto de archivo–, o una Sentencia penal absolutoria, con orden de retroacción de actuaciones sólo en caso de que se haya producido una quiebra de una regla esencial del proceso justo en perjuicio de la acusación, ya que el desarrollo de las actuaciones procesales sin las garantías consustanciales al proceso justo no permite hablar de proceso en sentido propio, ni puede permitir que la Sentencia absolutoria adquiriera el carácter de inatacable” (STC 4/2004, de 16 de enero, FJ 4).»

(STC 189/2004, de 2 de noviembre. Recurso de amparo núm. 929/2002. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 2 de diciembre de 2004)

LEY 4/1985, DE 21 DE MARZO, DE EXTRADICIÓN PASIVA

Procedimiento de extradición pasiva. Derecho a la tutela judicial efectiva

«Este Tribunal ha declarado en la STC 32/2003, de 5 de marzo, FJ 2, siguiendo los pronunciamientos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Hum-

nos y recordando la jurisprudencia constitucional previa, que “el procedimiento de extradición... exige una cuidadosa labor de verificación por el órgano judicial en relación con las circunstancias alegadas por el reclamado, con el fin de evitar que, en caso de accederse a la extradición, se pudiera convertir en autor de una lesión contra los derechos del extraditado, bien porque hubiera contribuido a que la lesión de un derecho ya acaecida en el extranjero no fuera restablecida, o a que no se impidiera que de la misma se derivaran consecuencias perjudiciales para el reclamado, bien porque, existiendo un temor racional y fundado de que tales lesiones se produzcan en el futuro, éstas resulten favorecidas por la actuación de los órganos judiciales españoles al no haberlas evitado con los medios de que, mientras el reclamado se encuentra sometido a su jurisdicción, disponen, de modo que la actuación del Juez español produzca un riesgo relevante de vulneración de los derechos del reclamado (SSTC 13/1994, de 17 de enero, FJ 4; 141/1998, de 29 de junio, FJ 1, y 91/2000, de 30 de marzo, FJ 6)”.

Como consecuencia de lo anterior hemos afirmado que los órganos judiciales, “al conocer del procedimiento de extradición, han de valorar las específicas circunstancias concurrentes en el supuesto sometido a su consideración, tomando en cuenta la relevancia de los derechos e intereses que se consideran lesionados o en riesgo de lesión, las consecuencias que pueden derivarse de la entrega al Estado requirente en relación con la imposibilidad de reparación de los perjuicios, la argumentación desplegada por el sometido al procedimiento y los elementos probatorios en la que intenta sostenerla y, en relación con esto último, la dificultad probatoria que para el mismo puede derivarse, precisamente, de encontrarse en un Estado distinto de aquel en el que supuestamente se cometieron o podrían cometerse las vulneraciones. En particular, de acuerdo con las consideraciones que hemos expuesto, siempre que el reclamado haya aportado determinados y concretos elementos que sirvan de apoyo razonable a su argumentación y que no le sea reprochable una actitud de falta de diligencia en la aportación del material probatorio, los órganos judiciales no podrán, sin más, denegar o desatender la relevancia de tal argumentación sobre la base de que la misma no resulta adecuadamente acreditada, sino que, por el contrario, deberán realizar cuantas actuaciones sean precisas, en función de los derechos fundamentales que puedan encontrarse en juego y demás factores en presencia, para conseguir esclarecer las circunstancias alegadas o, incluso, ante la existencia de elementos, temores o riesgos racionales de que las mismas efectivamente se hayan producido, existan, o puedan producirse, sin que aquéllos hayan sido desvirtuados por la información y documentación de la que el órgano judicial dispone, declarar improcedente la entrega del sometido al procedimiento extradicional, evitando así las consecuencias perjudiciales que de una decisión contraria podrían derivarse” (FJ 4).

A tal efecto es preciso recordar que la propia naturaleza del procedimiento extradicional determina que el órgano judicial pueda valerse y precaverse de todos los medios a su alcance para adoptar la decisión que estime pertinente, puesto que cuenta legalmente con amplias facultades para solicitar documentación o información complementaria –art. 13 del Convenio europeo de extradición (CEEx) y art. 13.1 LEP, que prevé incluso su solicitud de oficio.

Finalmente, en dicha Sentencia concluimos que “cuando el reclamado sostiene la concurrencia de alguna de las circunstancias determinantes de que el órgano judicial pueda o deba denegar la entrega al Estado requirente, y desarrolla al efecto una actividad probatoria mínimamente diligente, de la que pueda extraerse razonablemente la existencia de motivos o indicios para creer que, efectivamente, tales circunstancias pudieron acontecer, el órgano judicial debe desarrollar una actividad encaminada a obtener los datos precisos para adoptar adecuadamente su decisión que, por lo demás, no podrá fundarse sin más en la inexistencia de una prueba plena y cumplida sobre las

apuntadas circunstancias alegadas por el reclamado, sino que tendrá que ponderar y valorar todos los factores y aspectos concurrentes para determinar si, a la vista de los mismos, debe accederse o no a la extradición, teniendo en cuenta los riesgos que siempre la misma comporta y a los que nos hemos referido anteriormente” (FJ 4.)»

(STC 148/2004, de 13 de septiembre. Recurso de amparo núm. 6657/2003. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 14 de octubre de 2004)

Procedimiento de extradición pasiva. Derecho a la vida y prohibición de ser sometido a torturas y malos tratos inhumanos y degradantes

«Muy recientemente (STC 32/2003, de 13 de febrero, FJ 2), partiendo de nuestra doctrina en materia de extradición, hemos reiterado que “la especial naturaleza del procedimiento de extradición determina que si los órganos judiciales españoles, siendo conocedores de la eventual vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en el país de destino, no la evitan con los medios de que disponen, a dichos órganos habrá de serles imputables esa eventual vulneración de los derechos fundamentales del reclamado. Y es que, en la medida en que con el procedimiento de extradición se concreta un estrecho complejo de actuaciones imbricadas, en el Estado requirente y en el requerido, el destino del extraditado en aquél no sólo no puede ser indiferente para las autoridades de éste, sino que se encuentran obligadas a prevenir la vulneración de derechos fundamentales que se espera de las autoridades extranjeras”.

Y, por otra parte, esa obligación judicial se va tornando más acusada en función de la mayor trascendencia de los derechos e intereses del reclamado que están en juego, “de modo que alcanza una amplia exigencia cuando se trata de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que les vinculan como bases objetivas de nuestro ordenamiento (por todas, SSTC 13/1994, FJ 4, y 91/2000, FJ 7), y que tienen una especial relevancia y posición en nuestro sistema (por todas, STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4) e; incluso, tal elevada exigencia ha de graduarse en función del derecho o derechos fundamentales que puedan resultar afectados, de modo que necesariamente alcanzará una especial intensidad cuando sean los reconocidos en el artículo 15 CE los que se encuentren en esa situación o, también desde otra perspectiva, cuando se incida sobre lo que en la STC 91/2000 denominamos contenido absoluto de los derechos fundamentales”.

Además, hemos sostenido en dicha resolución (con base en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 28 de marzo de 2000, caso *Mahmut Kaya contra Turquía*, §§ 85 y 115) que todo Estado debe tomar las medidas adecuadas para salvaguardar las vidas de aquellos bajo su jurisdicción, así como para que no sean sometidos a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes, debiendo adoptar medidas razonables para evitar el riesgo de maltrato que conocieran o debieran conocer, surgiendo la correspondiente obligación positiva del Estado de la circunstancia de que las autoridades sabían o debían saber de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida del individuo, como ya hemos declarado, por referencia a la doctrina sentada por ese mismo Tribunal en el caso *Soering* (doctrina que hemos aplicado desde la STC 13/1994, de 17 de enero, ya citada, y posteriormente en la STC 91/2000, de 30 de marzo).

Lo anterior no conlleva la exigencia, como tienen establecido tanto este Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de que la “persona acredite de modo pleno y absoluto la vulneración de sus derechos en el extranjero, de la que van a derivarse consecuencias perjudiciales para la misma, o que esa vulneración

va a tener lugar en el futuro, toda vez que ello... supondría normalmente una carga exorbitante para el afectado” (STC 32/2003, de 13 de febrero, FJ 3). Así, hemos reiterado en dicha STC 32/2003 (FJ 3), tan citada, que la protección del derecho alegado por el reclamado habría de otorgarse en el caso de que existiera un temor racional y fundado de que el mismo habría de ser vulnerado (STC 13/1994, de 17 de enero, FJ 5), y en la STC 91/2000, de 30 de marzo (FJ 6), aludimos al riesgo relevante de vulneración de los derechos por parte de los órganos de un Estado extranjero, o a las consecuencias previsibles que una extradición entraña fuera de la jurisdicción del Estado, insistiéndose en el ATC 23/1997, de 27 de enero (FJ 1), en la necesidad de excluir la entrega de sujetos que, presumiblemente, con cierto grado de seguridad, puedan sufrir vulneraciones relevantes, por existir al respecto un temor racional y fundado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, en relación con los derechos a la vida y a no padecer torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes, tomando en consideración las circunstancias concretas que pueden entrañar en estos casos una dificultad probatoria, ha aludido a la existencia de motivos serios y acreditados para creer que si el interesado es entregado al Estado requirente correrá un riesgo real de ser sometido a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes (caso *Soering*, caso *Ahmed contra Austria*, § 39; Sentencia de 11 de julio de 2000, caso *G. H. H. y otros contra Turquía*, § 35).

En consecuencia, hay que tomar en cuenta las peculiaridades del supuesto cuando se trata de procedimientos que pueden culminar con la obligada salida de un extranjero del territorio de uno de los Estados contratantes, no exigiendo la prueba cumplida de que la lesión se ha producido o va a producirse, pues es preciso valorar las circunstancias concretas que pueden entrañar una dificultad probatoria, pero sí la existencia de un temor racional y fundado de que los órganos judiciales del Estado reclamante pueden someter al extraditado a tales vulneraciones de sus derechos fundamentales, pues de otro modo se daría al recurso una orientación cautelar que no le es propia.

Aplicando estas directrices exigidas por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hemos afirmado en la Sentencia tan citada que la aplicación de todas las consideraciones que acabamos de exponer determina que los órganos judiciales, al conocer del procedimiento de extradición, han de valorar las específicas circunstancias concurrentes en el supuesto sometido a su consideración, tomando en cuenta la relevancia de los derechos e intereses que se consideran lesionados o en riesgo de lesión, las consecuencias que pueden derivarse de la entrega al Estado requirente en relación con la imposibilidad de reparación de los perjuicios, la argumentación desplegada por el sometido al procedimiento y los elementos probatorios en la que intenta sostenerla y, en relación con esto último, la dificultad probatoria que para el mismo puede derivarse, precisamente, de encontrarse en un Estado distinto de aquel en el que supuestamente se cometieron o podrían cometerse las vulneraciones, procediendo a continuación, cuando queden esclarecidas y acreditadas las circunstancias alegadas, o, incluso, ante la existencia de elementos, temores o riesgos racionales de que las mismas efectivamente se hayan producido, existan, o puedan producirse, sin que aquéllos hayan sido desvirtuados por la información y documentación de la que el órgano judicial dispone, a declarar improcedente la entrega del sometido al procedimiento extraditacional, evitando así las consecuencias perjudiciales que de una decisión contraria podrían derivarse.

Como hemos reiterado recientemente, para activar este específico deber de tutela que corresponde a los órganos judiciales competentes en materia de extradición, no basta con alegar la existencia de un riesgo, sino que es preciso que “el temor o riesgos aducidos sean fundados, en el sentido de mínimamente acreditados por el propio reclamado” y, además, no bastan alusiones o alegaciones “genéricas” sobre la situa-

ción del país, sino que el reclamado ha de efectuar concretas alegaciones en relación a su persona y derechos (STC 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 8).

[.../...]

En relación con recursos de amparo frente a resoluciones judiciales que declaran procedentes extradiciones para ejecutar condenas dictadas en juicios en rebeldía sometiéndolas a la garantía de un nuevo juicio, declaramos, “una vez constatado que la Audiencia Nacional exige de forma expresa la celebración de un nuevo juicio con presencia del acusado y posibilitando su defensa, no puede sostenerse que haya vulnerado indirectamente el derecho a un proceso justo del reclamado, pues, de una parte, está reconociendo que en el proceso de origen se vulneraron sus derechos de defensa, ya que, en otro caso, no sería necesario el condicionamiento de la extradición –art. 2.3 LEP– y, de otra, está intentando, en el marco de sus facultades, reparar dicha vulneración. A partir de dicha constatación es al Gobierno español a quien corresponde exigir el cumplimiento de tal garantía, sin que la consulta efectuada por la Audiencia Nacional a la Fiscalía de Milán en el marco del procedimiento de extradición sobre las posibilidades de prestar dicha garantía sea relevante, pues no tiene el carácter de requerimiento oficial para garantizar el nuevo juicio, que sólo puede efectuarse una vez autorizada judicialmente la extradición” (ATC 177/2000, de 12 de julio, FJ 3).

A ello hemos de añadir que, a pesar de reconocer que la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del artículo 15 CE, a los efectos de la corrección constitucional de las resoluciones judiciales que declaran procedente la extradición para el cumplimiento de una pena de cadena perpetua o para enjuiciar un delito al que previsiblemente se le impondrá esta pena, este Tribunal tiene declarado que resulta suficiente garantía que las resoluciones judiciales condicionen la procedencia de la extradición a que, en caso de imponerse dicha pena, su ejecución no sea indefectiblemente de por vida (STC 148/2004, de 13 de septiembre, FJ 9, con cita de S TEDH de 7 de julio de 1989, asunto *Soering c. Reino Unido*; de 16 de noviembre de 1999, asunto *T. y V. c. Reino Unido*).

En segundo lugar, no se puede olvidar que la prestación de esta específica garantía aparece contemplada en el artículo 11.2 del Tratado de extradición hispano-venezolano, por lo que la Audiencia Nacional no está actuando sin cobertura legal. En efecto, hemos de recordar que el artículo 11 de dicho Tratado establece:

“1. No se concederá la extradición cuando los hechos que la originen estuviesen castigados con la pena de muerte, con pena privativa de libertad a perpetuidad o con penas o medidas de seguridad que atenten contra la integridad corporal o expongan al reclamado a tratos inhumanos o degradantes.

2. Sin embargo, la extradición puede ser concedida, si la Parte requirente diese seguridades suficientes de que la persona reclamada no será ejecutada y de que la pena máxima a cumplir será la inmediatamente inferior a la privativa de libertad a perpetuidad o de que no será sujeta al cumplimiento de penas atentatorias a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes.”

Y, además, no estamos ante un caso de riesgo concreto de ser sometido a torturas, en cuyo caso podríamos plantearnos si la salvaguarda de los derechos del reclamado se cumple con el mero requerimiento de garantías como las prestadas o exige en todo caso la denegación de extradición, sino que, como ya hemos reiterado, se trata de un riesgo genérico de padecer tratos inhumanos o degradantes debido a la situación en la que se hallan las cárceles del Estado reclamante.»

(STC 181/2004, de 2 de noviembre. Recurso de amparo núm. 3134/1999. Ponente: Dña. María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 2 de diciembre de 2004)

Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando se concede la extradición para cumplir una condena dictada en ausencia

«Este Tribunal, en la STC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ 13 y 14, ha establecido que resulta incompatible con el denominado “contenido absoluto” (esto es, el que necesariamente ha de proyectarse *ad extra*, sea cual fuere el foro competente) del derecho a un juicio justo (art. 24.2 CE) la condena *in absentia* por un delito que lleve aparejada una pena grave sin ulterior posibilidad procesal de impugnación de la misma, a fin de subsanar el déficit de garantías que la falta de presencia del condenado en la vista haya podido ocasionar. Por ello se concluye que es contrario a las exigencias del artículo 24.2 CE, y que constituye una vulneración indirecta de este precepto, “acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa” (FJ 14). A lo cual se añadió que de la no comparecencia voluntaria del acusado al acto del juicio [...] no podía inferirse una renuncia voluntaria al derecho de autodefensa, porque la comparecencia en tales casos implica normalmente el ingreso en prisión y, por consiguiente, una constricción en virtud de la cual no cabe otorgar a la falta de comparecencia valor de renuncia (FJ 15).

Dicha doctrina es aplicada en las SSTC 134/2000, de 16 de mayo; 162/2000 y 163/2000, ambas de 12 de junio, en todas las cuales se considera vulnerado el derecho de los recurrentes a un proceso con todas las garantías en relación con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), por haberse declarado procedente la extradición a Italia para el cumplimiento de una condena por delito grave impuesta tras un juicio celebrado en ausencia, sin condicionar la autorización de la entrega a que, mediante un nuevo proceso, se dieran al reclamado las posibilidades de impugnación suficientes para salvaguardar sus derechos de defensa. Y ello pese a que en todos los casos los condenados conocían la existencia de los procesos penales en su contra y consta que sus intereses fueron defendidos en el acto del juicio por un Letrado, como se pone de relieve en las tres Sentencias.

No obstante, en otros supuestos de extradición a Italia por condenas en ausencia hemos denegado el amparo solicitado, bien porque la procedencia de la extradición se acordaba para que continuara el enjuiciamiento, quedando expresamente excluida la posibilidad de dar cumplimiento a una decisión condenatoria firme anterior a la decisión de entrega (SSTC 110/2002, de 6 de mayo, y 156/2002, de 23 de julio, FJ 8), o por la concurrencia de circunstancias excepcionales en el caso que excluían la vulneración de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías, pese a acordarse la extradición sin sometimiento a condición alguna, para el cumplimiento de una condena impuesta en Italia en ausencia (STC 160/2002, de 16 de septiembre). En concreto, la STC 160/2002, FJ 4, tiene en cuenta que el demandante de amparo “no sólo contó con un Letrado de su libre elección en el proceso penal que se siguió en Italia, sino que el Letrado ostentaba incluso, al menos en la apelación interpuesta contra la Sentencia condenatoria de primera instancia, poderes especiales, en virtud de los cuales renunció a todos los motivos de impugnación formulados que no fueren los relativos a la entidad de la pena impuesta (inicialmente de veintidós años de reclusión), concordando con el Procurador General o Ministerio Fiscal la imposición de la pena de catorce años de reclusión, lo que fue acogido por la Sentencia del Tribunal de Segunda Instancia de Roma de 24 de mayo de 1995. En definitiva, al no impugnar la sentencia condenatoria de instancia, el condenado y ahora demandante de amparo desatendió la posibilidad, siquiera eventual, de evitar la lesión de sus derechos de

defensa, sin hacer valer ni denunciar la misma, ni tampoco otras circunstancias que pudieran evitar su condena, conformándose con ésta” .»

(STC 183/2004, de 2 de noviembre. Recurso de amparo núm. 1041/2000. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes, «BOE» de 2 de diciembre de 2004)

LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULO 267

Recurso de aclaración

«El principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales opera, como es evidente, más intensa y terminantemente en los supuestos de resoluciones firmes que en aquellos otros en los que el ordenamiento procesal ha previsto específicos medios o cauces impugnatorios que permiten su variación o revisión. En este sentido el legislador ha arbitrado con carácter general en el artículo 267 LOPJ un mecanismo excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material deslizado en sus resoluciones definitivas, el cual ha de entenderse limitado a la función específica reparadora para la que se ha establecido. Esta vía aclaratoria, como el Tribunal Constitucional tiene declarado en reiteradas ocasiones, es plenamente compatible con el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, puesto que, en la medida en que éste tiene su base y es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, y, a su vez, un instrumento para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, no integra este derecho el beneficiarse de oscuridades, omisiones o errores materiales que con toda certeza pueden deducirse del propio texto de la resolución judicial (SSTC 380/1993, de 20 de diciembre, FJ 3, y 23/1996, FJ 2), aunque tal remedio procesal no permite, sin embargo, alterar los elementos esenciales de ésta, debiendo atenerse siempre el recurso de aclaración, dado su carácter excepcional, a los supuestos taxativamente previstos en la LOPJ y limitarse a la función específica reparadora para la que se ha establecido (SSTC 119/1988, de 20 de junio, FJ 2; 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; 82/1995, de 5 de julio, FJ 3; 180/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2, y 112/1999, de 14 de junio, FJ 2). En tal sentido conviene recordar que en la regulación del artículo 267 LOPJ coexisten dos regímenes distintos: de un lado, la aclaración propiamente dicha, referida a aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan las Sentencias y Autos definitivos (apartado 1); y, de otro, la rectificación de errores materiales manifiestos y los aritméticos (apartado 2) (SSTC 28/1999, de 8 de marzo, FJ 2; 112/1999, de 14 de junio, FJ 3; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 59/2001, de 26 de febrero, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FFJJ 3 y 4, y 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2).

c) En relación con las concretas actividades de “aclarar algún concepto oscuro” o de “suplir cualquier omisión”, que son los supuestos contemplados en el artículo 267.1 LOPJ, este Tribunal tiene declarado que son las que menos dificultades

prácticas plantean, pues por definición no deben suponer cambio de sentido y espíritu del fallo, ya que el órgano judicial, al explicar el sentido de sus palabras, en su caso, o al adicionar al fallo lo que en el mismo falta, en otro, está obligado a no salirse del contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado (SSTC 23/1994, de 27 de enero, FJ 1; 82/1995, de 5 de junio, FJ 2; 23/1996, de 13 de febrero, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 7, y 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2).

Por lo que se refiere a la rectificación de los errores materiales manifiestos, ha considerado como tales aquellos errores cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones (SSTC 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 4, y 142/1992, de 13 de octubre, FJ 2). Asimismo, ha declarado que la corrección del error material entraña siempre algún tipo de modificación, en cuanto la única manera de rectificar o subsanar alguna incorrección es cambiando los términos expresivos del error, de modo que en tales supuestos no cabe excluir cierta posibilidad de variación de la resolución judicial aclarada, si bien la vía de la aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial (SSTC 23/1994, de 27 de enero, FJ 1; 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; 82/1995, de 5 de junio, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 3, y 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 3). No puede descartarse, pues, en tales supuestos, “la operatividad de este remedio procesal aunque comporte una revisión del sentido del fallo, si se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la Sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo” (STC 19/1995, FJ 2). En esta línea el Tribunal Constitucional ha señalado más recientemente que, cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada sea un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano judicial puede legitimar y excepcionalmente proceder a la rectificación *ex* artículo 267 LOPJ, aun variando el fallo.

Cosa distinta es que la rectificación, con alteración del sentido del fallo, entrañe una nueva apreciación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho, en cuyo caso, de llevarla a efecto, se habría producido un desbordamiento de los estrechos límites del citado precepto legal y se habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 48/1999, de 22 de marzo, FJ 3; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 3, y 140/2001, de 18 de junio, FFJJ 5, 6 y 7).»

(STC 31/2004, de 4 de marzo. Recurso de amparo núm. 4625/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 6 de abril de 2004. En el mismo sentido, STC 224/2004, de 29 de noviembre. Recurso de amparo núm. 5215/2002. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 4 de enero de 2005)

ARTÍCULO 555

Procedimiento para imponer correcciones disciplinarias a Abogados

«Desde la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2, hemos reconocido que las garantías anudadas al derecho al proceso equitativo se aplican al procedimiento administrativo sancionador, si bien con las modulaciones requeridas en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24.2 CE y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE, en tanto sean compatibles con su propia naturaleza (doctrina reiterada, entre otras muchas, en SSTC 7/1998, de 13 de enero, FJ 5; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3; y 2/2003, de 16 de enero, FJ 10). Entre estas garantías trasladables al procedimiento administrativo sancionador hemos incluido específicamente el derecho a ser informado de la acusación, esto es, el derecho a conocer los cargos que se formulan contra el expedientado y el consiguiente derecho a la inalterabilidad de los hechos esenciales objeto de acusación y sanción (SSTC 44/1983, de 24 de mayo, FJ 3; 28/1989, de 6 de febrero, FJ 6; 297/1993, de 18 de octubre, FJ 3; 160/1994, de 23 de mayo, FJ 3; 120/1996, de 8 de julio, FJ 7 a); 169/1998, de 21 de julio, FJ 3; 117/2002, de 20 de mayo, FJ 5 y ss.; y 205/2003, de 1 de diciembre, FJ 4, por todas).

Asimismo, en la STC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 2, se recuerda que “‘las correcciones disciplinarias impuestas por los Jueces y Tribunales a los Abogados en el curso de un procedimiento, así como las resoluciones revisoras de las mismas, no son actos materialmente administrativos, sino resoluciones jurisdiccionales dictadas en un proceso con todas las garantías’ (STC 205/1994, FJ 3). En consecuencia, no cabe hablar de la presencia de una fase de instrucción en el procedimiento del que resultó la corrección disciplinaria. El órgano judicial en estos supuestos, entiende, sin necesidad de instrucción previa, que una determinada conducta es encuadrable en alguno de los supuestos previstos en el artículo 449 LOPJ y, previa la obligada audiencia *ex* artículo 450.2 LOPJ, acuerda imponer la corrección que estima procedente en Derecho. De este modo la audiencia de la interesada no se enmarca en un proceso de averiguación de la perpetración de un acto sancionable, sino que constituye un trámite legalmente obligado a los fines de que la misma pueda alegar en su descargo frente a un acto cierto e indubitado a se. A la vista de las alegaciones, el órgano judicial podrá concluir que la conducta enjuiciada es merecedora de la corrección legalmente prevista o, por el contrario, que no puede subsumirse en alguno de los apartados del artículo 449 LOPJ; pero ésa es ya una conclusión decisoria que parte de una realidad (el acto o la conducta enjuiciada) que no precisa de investigación alguna para su constatación en cuanto tal realidad. Las alegaciones sirven al fin de la conformación del criterio judicial en relación con la calificación jurídica de aquella realidad, pero no al de su delimitación fáctica”.

(STC 197/2004, de 15 de noviembre. Recurso de amparo núm. 542/2001. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes, «BOE» de 21 de diciembre de 2004. Las referencias de artículos de la LOPJ son anteriores a la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre)

LEY ORGÁNICA 4/1987, DE 15 DE JULIO, DE LA COMPE- TENCIA Y ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN MILI- TAR Y LEY ORGÁNICA 2/1989, DE 13 DE ABRIL, PROCESAL MILITAR

*Ejercicio de la acción penal como acusación particular cuando ofen-
dido y acusado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica
de subordinación. Derogación del artículo 108.2 de la Ley Orgánica
4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la juris-
dicción militar y del artículo 127.1 (inciso «excepto cuando ofendido
e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de
subordinación») de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal
militar: Cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 2885/2001*

«Debe ante todo recordarse, tal como señaló la STC 115/2001, FJ 6, que “la presencia en el proceso penal, tanto el ordinario o común como el militar, de quienes suelen calificarse como partes contingentes o no necesarias (es decir, las distintas al Ministerio Fiscal y al acusado), implica la atribución o reconocimiento de un derecho de configuración legal, susceptible, pues, de ejercicio en los términos en que aparezca regulado por el legislador”. Dicho de otro modo, no existe una exigencia constitucional, derivada del artículo 24.1 CE, sobre el establecimiento de la acusación particular y de la acción popular. Una y otra institución sólo existen cuando la Ley las establece, sin que su existencia venga ligada a un imperativo del derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo hemos declarado, en efecto, en el ámbito del proceso penal militar, respecto de la acción popular, sobre la que la Ley procesal militar guarda silencio, que la jurisdicción militar viene interpretando como exclusión consciente de la acción popular, interpretación que no determina vulneración constitucional alguna (SSTC 64/1999, de 26 de abril, 81/1999, de 10 de mayo, y 280/2000, de 27 de noviembre).

El ejercicio del *ius puniendi* del Estado, que ha de realizarse en el marco de un proceso sometido a un haz de garantías para el imputado (por todas, STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5), determina la necesidad de contradicción y equilibrio entre las partes, exigencia reforzada por la vigencia del principio acusatorio –que también forma parte de las garantías sustanciales del proceso– el cual, entre otras consecuencias, impone la necesidad de que la función de la acusación sea acometida por un sujeto distinto al órgano decisor (*nemo iudex sine accusatore*), como recuerda nuestra doctrina (por todas, STC 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3). En nuestro ordenamiento jurídico esa función acusadora aparece encomendada de manera primordial al Ministerio Fiscal (art. 124.1 CE y artículo 3.4 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal), si bien el legislador ha optado por no reservar al Fiscal con carácter exclusivo el ejercicio de la acción penal. Dicho en términos de nuestro ATC 219/1984, de 4 de abril, “el Ministerio Fiscal, por lo demás, no monopoliza la iniciativa y el ejercicio de la acción penal; en todo caso, junto con la acción pública, se reconoce al perjudicado el *ius ut procedatur*”. De este modo, una vez reconocido por el legislador el derecho al ejercicio de la acción penal a los particulares, ya sea al agraviado o perjudicado por el delito o falta (acusador particular), ya sea a los ciudadanos en general en los procesos por delitos o faltas perseguibles de oficio (acción popular), este derecho se configura, conforme tiene reiteradamente declarado nuestra doctrina, como un *ius ut procedatur*, es decir, no como parte de

ningún otro derecho fundamental sustantivo (SSTC 21/2000, de 31 de enero, FJ2, y 163/2001, de 11 de julio, FJ 2), sino, estrictamente, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción (SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11, y 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5, que contienen abundantes referencias a la doctrina anterior). De modo que el *ius ut procedatur*, que asiste a la víctima de un delito, supone para ésta el derecho a poner en marcha un proceso, sustanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho (por todas, SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 163/2001, de 11 de julio, FJ 3; y 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

Por lo que al proceso penal militar se refiere, el legislador ha optado, en la Ley Orgánica de la competencia y organización de la jurisdicción militar y la Ley Orgánica procesal militar, por dar entrada a la acusación particular, siempre y cuando ofensor y ofendido no sean militares sujetos a una relación de subordinación. La exposición de motivos de la Ley de la jurisdicción militar se refiere expresamente a esta innovación en los términos siguientes: “se permite la actuación del acusador particular y del actor civil, excepto en los casos en que el autor del hecho y el perjudicado fueran militares y mediare entre ellos una relación de subordinación, siguiendo en este aspecto la doctrina del Tribunal Constitucional”, referencia que parece que debe entenderse hecha a los precitados ATC 121/1984 y STC 97/1985, aunque, como ya se indicó, tales pronunciamientos no abordan en modo alguno esta excepción. En relación con ello la exposición de motivos de la Ley procesal militar señala como una de las novedades de la misma “la acentuación de las garantías del justiciable y de los perjudicados por el delito –siempre que, en este caso, no afecte a la disciplina militar, principio esencial de la institución militar y uno de los fundamentos de la existencia de la Jurisdicción Militar–”. Y así, en efecto, los artículos 108.2 LOJM y 127.1 LOPM, tras efectuar un reconocimiento expreso y generalizado del ejercicio de la acusación particular, reconociendo al ofendido por un delito o falta competencia de la jurisdicción castrense la facultad de mostrarse parte en la causa penal a efectos de ejercitar la acción penal y eventualmente la acción civil aneja, consagran seguidamente la excepción consistente en proscribir el ejercicio de la acusación particular (y de la acción civil) en el proceso penal militar para el supuesto de que agraviado y ofensor sean militares sujetos a relación jerárquica de subordinación reservándose en exclusiva para estos supuestos el ejercicio de la acción penal a la Fiscalía Jurídica Militar. Es esta excepción que introduce el legislador para impedir el ejercicio por el ofendido o víctima del delito de la acusación particular “cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación”, que se pretende justificar como regla necesaria para preservar la disciplina militar (argumento en el que insisten el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado para sostener la constitucionalidad de los preceptos examinados), la que suscita el problema de adecuación a lo establecido en los artículos 14 y 24.1 CE, en relación con el artículo 117.5 CE.

5. Examinando la cuestión desde la perspectiva del artículo 14 CE debe tenerse en cuenta que sobre las exigencias que la igualdad impone en la creación del Derecho –igualdad en la Ley– existe una muy amplia doctrina de este Tribunal, que puede resumirse ahora recordando que las diferencias normativas son conformes con la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin perseguido. Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo que no responda a una finalidad constitucionalmente

acogida, como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2). En consecuencia, este Tribunal ha venido exigiendo para permitir el trato dispar de situaciones homologables la concurrencia de una doble garantía: *a*) la razonabilidad de la medida, pues 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; y *b*) la proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino sólo aquellas desigualdades en las que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues 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 supere un juicio de proporcionalidad, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (entre otras muchas, SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9; 214/1994, de 14 de julio, FJ 8; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4).

[.../...]

La disciplina militar, regla fundamental de las Fuerzas Armadas, en cuanto constituye el principal factor de cohesión y de eficacia de las mismas, se configura así como un conjunto de normas de conducta que los militares deben observar en el ejercicio de sus funciones (e incluso fuera de servicio, en determinados casos) para facilitar el logro de los altos fines que el artículo 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

De este modo lo vienen entendiendo también los órganos de la jurisdicción castrense y, en particular, en una consolidada línea jurisprudencial, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, a quienes corresponde la tarea hermenéutica de elaborar, previa interpretación de las distintas disposiciones legales, el concepto jurídico de disciplina propio de la institución militar, como recordamos en la STC 115/2001, FJ 8.

Por otra parte, que “la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales” en el ámbito militar ya lo reconoció tempranamente nuestra STC 21/1981, de 15 de junio, FJ 9, y también lo confirmamos en los precitados ATC 121/1984, FJ 4 y STC 97/1985, FJ 4, doctrina ésta que se recordó por la STC 180/1985, de 19 de diciembre, FJ 2, al señalar que las “peculiaridades del Derecho penal y procesal militar resultan genéricamente, como se declaró en la Sentencia 97/1985, de 29 de julio (FJ 4), de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el artículo 8 de la Constitución”, doctrina a la que asimismo se remite la STC 107/1986, de 24 de julio, FJ 4. Con posterioridad hemos vuelto a reiterar esta doctrina, en relación con el problema de las limitaciones al ejercicio de los derechos del artículo 20 CE, en la STC 371/1993, de 13 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico 4 se señala que «Dadas las importantes tareas que a las Fuerzas Armadas asigna el artículo 8.1 CE, representa un interés de indudable relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas para el cumplimiento de esos cometidos (ATC 375/1983). A tal fin, la atención de las misiones que les encomienda el mencionado precepto constitucional requiere una adecuada y eficaz configuración de las Fuerzas Armadas de la

que, entre otras singularidades, deriva su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida (arts. 1 y 10 RROO)”.

Y de nuevo hemos reiterado esta doctrina en la STC 115/2001, FJ 8, de la que trae causa la presente autocuestión de inconstitucionalidad, señalando que “no cabe cuestionar que la disciplina es un valor imprescindible en toda organización jerarquizada que, en el caso de las Fuerzas Armadas, se convierte en un ineludible principio configurador, sin cuya garantía y protección se dificulta el cumplimiento de los cometidos que constitucional y legalmente tienen asignados por el artículo 8.1 CE. Por ello, si bien la particular relación de sujeción especial en que se encuentran los militares no puede ser aducida como fundamento para justificar toda limitación al ejercicio de sus derechos fundamentales, no cabe considerar contrarias a dichos derechos, aquellas disposiciones legales limitativas de su ejercicio que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de su misión (SSTC 21/1981, de 15 de junio, FJ 15, y 31/2000, de 3 de febrero, FJ 4), entre las que, indudablemente, han de situarse todas las que sean absolutamente imprescindibles para salvaguardar ese valor esencial en toda institución militar, que es la disciplina”.

Sin embargo, como también señalamos en la STC 115/2001, FJ 8, del carácter esencial que tiene la disciplina en los cuerpos e institutos armados no se deriva que, frente al régimen general de reconocimiento en la jurisdicción castrense del derecho a ejercitar la acusación particular y comparecer como parte en el procedimiento, tal régimen deba excepcionarse cuando entre inculpado y ofendido medie una relación de subordinación jerárquica. Es, por lo tanto, imprescindible indagar por qué la oposición entre partes, con sujeción a las normas procesales y bajo la autoridad de un Juez o Tribunal, puede suponer riesgo cierto de menoscabo o deterioro de la disciplina militar, conforme al concepto jurídico que de la misma ha acuñado la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, en la consolidada línea jurisprudencial a la que antes ya se aludió.

7. Pues bien, como ya afirmamos en nuestra STC 115/2001, FJ 9, y hemos de reiterar ahora, la relación jerárquica entre los miembros de las Fuerzas Armadas, exteriorizada en el rango atribuido por los diversos empleos militares en que se halla estructurada y en el mando a ellos asociado, cumple su cometido en el ámbito que le es propio, es decir, en los aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración militar, para lograr de este modo tanto la plena operatividad del principio constitucional de eficacia que se predica de dicha Administración, al igual que de las restantes Administraciones públicas (art. 103.1 CE), como el efectivo y cabal cumplimiento de la misión encomendada por el artículo 8.1 CE a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional. Por ello el valor o principio de la disciplina militar no debe extravasar su propio ámbito para proyectarse en el seno del proceso, en cuanto éste es instrumento de enjuiciamiento y satisfacción de pretensiones, y ello aunque tal proceso, como el sustanciado por la jurisdicción militar en averiguación y castigo de los delitos y faltas militares, ofrezca algunas peculiaridades, que deberán, en todo caso, atenerse a la exigencia del artículo 117.5 CE, de estar reguladas “de acuerdo con los principios de la Constitución”.

No cabe olvidar, por otra parte, que el posible menoscabo de la disciplina militar que pudiera hallar justificación en una anterior configuración de la jurisdicción militar, en cuanto directamente vinculada ésta a los mandos militares, no encuentra en nuestro actual ordenamiento jurídico respaldo alguno, por cuanto tal jurisdicción es desempeñada en la actualidad por Juzgados Togados y Tribunales Militares dotados de independencia en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.1 y 5 CE) y desvinculados por completo del mando militar.

De suerte que el proceso penal ante la jurisdicción castrense se erige en la garantía máxima de la disciplina militar en su núcleo sustancial y justamente respecto de las vulneraciones más graves de dicha disciplina, por lo que sólo poniendo en duda la condición y aptitud de la jurisdicción militar para desempeñar su cometido, como jurisdicción sometida a los principios constitucionales de independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa (por todas, SSTC 60/1991, de 14 de marzo, y 113/1995, de 6 de julio), cabría apreciar que el enfrentamiento procesal entre militares unidos por una relación de subordinación jerárquica es causa de potencial deterioro de la disciplina militar. No siendo constitucionalmente admisible tal duda, no existe tampoco fundamento para temer que los órganos de la jurisdicción castrense no vayan a ser capaces de aplicar lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Militar (arts. 149 y siguientes) en orden a preservar el orden y respeto debido en los procesos, ni para temer que el ejercicio de la acusación particular por parte del agraviado contra el ofensor, siendo ambos militares ligados por relación jerárquica de subordinación, pueda socavar la disciplina exigible en la organización militar, pues el enfrentamiento en el proceso penal militar —en contra de lo que sostiene el Fiscal General del Estado en sus alegaciones— no tiene por qué perjudicar la disciplina militar si la contienda procesal se practica con arreglo a Derecho.

Por otra parte, la pretensión de evitar enfrentamientos procesales entre militares subordinados, por el riesgo de que tales contiendas jurídicas generen secuelas de animadversión, susceptibles de mantenerse fuera del proceso en que han surgido, afectando al mantenimiento de la disciplina como factor de cohesión de la organización militar, que es la justificación aducida por el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado para sostener la constitucionalidad de los preceptos cuestionados, se contradice con otros preceptos de la legislación procesal militar.

Así, el militar agraviado por un presunto delito o falta cometido por un superior (o inferior) jerárquico está obligado a formular denuncia ante el Juez Togado Militar, el Fiscal Jurídico Militar, o la Autoridad militar que tuviere más inmediatos (arts. 130.6 y 134 LOPM), hasta el punto de que el incumplimiento del deber de denunciar constituye un delito contra la Administración de la Justicia Militar (art. 181 del Código Penal militar). Existe, pues, un deber de denunciar, que supone ya una suerte de enfrentamiento preprocesal, sin quiebra alguna para la disciplina militar y, sin embargo, no se permite al denunciante, por el hecho de su condición de militar ligado por relación jerárquica de subordinación al denunciado, personarse como acusación particular en el proceso penal incoado, en su caso, tras dicha denuncia.

Asimismo, como ya señalamos en la STC 115/2001, FJ 10, resulta que el artículo 14.1 LOJM prevé que “la jurisdicción a que está atribuido el conocimiento del delito que tenga señalada legalmente pena más grave conocerá de los delitos conexos”, con lo que puede suceder que la jurisdicción penal ordinaria juzgue, por conexión, de delitos militares, en cuyo caso no opera la exclusión de los artículos 108.2 LOJM y 127.1 LOPM ahora cuestionada, sin que se alcance a comprender por qué la contienda entre militares en el proceso penal común no afecta a la disciplina militar y sí, en cambio, exista tal afectación cuando el enfrentamiento procesal se produce en el proceso penal militar. Por otra parte, en materia de prueba, la propia Ley procesal militar permite los careos entre inferior y superior, cuidando el Juez Togado «especialmente de que en modo alguno se produzca quebranto de la disciplina y de que el careado de inferior empleo no se vea coartado en sus manifestaciones» (art. 179 LOPM); a lo que se ha de añadir que, en la mayoría de los procesos penales militares iniciados por denuncia, el ofendido, aunque no comparezca como parte ejerciendo la acusación particular, intervendrá normalmente en calidad de testigo del Fiscal Jurídico.

dico Militar, que ejerce la acusación pública, por lo que tampoco se salvaguarda en tales casos la imagen, pretendidamente lesiva de la disciplina, de un inferior litigando contra un superior o a la inversa.

En definitiva, y volviendo a nuestra argumentación principal, respecto de la cual las anteriores consideraciones sobre la legislación procesal militar no eran más que un simple reforzamiento, la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el artículo 108.2 LOJM y en el artículo 127.1 LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y del instituto armado de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la Ley garantizado por el artículo 14 CE.

8. Afirmada la vulneración del artículo 14 CE por los preceptos legales referidos, en cuanto excluyen el ejercicio de la acusación particular por parte del agraviado por el delito o falta cuando ofensor y ofendido sean militares ligados por relación jerárquica de subordinación, hemos de apreciar, también, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y sin indefensión garantizada por el artículo 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, al impedir, con un resultado falto de proporcionalidad, el ejercicio de la acción penal a determinados miembros de la institución militar.

El artículo 24.1 CE asegura a cualquier ciudadano la posibilidad de recabar, en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la tutela de los Jueces y Tribunales ordinarios, garantía de la que no pueden verse privados, en razón de su especial sujeción a la Administración, los militares (SSTC 21/1981, de 15 de junio, FJ 15, y 31/2000, de 31 de enero, FFJJ 4 y 6, por todas), puesto que el resultado querido por el artículo 117.5 CE es que los órganos de la jurisdicción castrense “en su estrecho ámbito competencial, presten la tutela judicial efectiva sin indefensión y con todas las garantías a que se refiere el artículo 24 de la Constitución” (STC 113/1995, de 6 de julio, FJ 7).

Más concretamente, por lo que se refiere al ejercicio de la acción penal en el proceso penal militar, y como hemos señalado ya en los fundamentos jurídicos 4 y 5 de la presente resolución, si bien es cierto que el derecho a intervenir como acusación particular en el proceso es un derecho de estricta configuración legal, y no una exigencia dimanante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), no lo es menos que, una vez reconocido por el legislador el derecho al ejercicio de la acción penal a los particulares, este derecho se configura como un *ius ut procedatur*, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción. Y de este modo la posibilidad real de manifestarse como parte en el proceso sólo puede sufrir excepción en los supuestos en que lo impida la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses también constitucionalmente protegidos de condición más relevante o preponderante, ya que, “aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE) de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos... que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen (SSTC 3/1983, 99/1985, 60/1989, 164/1991, 48/1995, entre otras)” (SSTC 76/1996, de 30 de abril, FJ 2, y 115/2001, de 10 de mayo, FJ 11).

Por consiguiente, para que la exclusión o prohibición del ejercicio de la acusación particular que, frente al régimen legal general, efectúan los preceptos examinados, pudiera considerarse constitucionalmente legítima, hubiera sido necesario que tal excepción tuviera justificación objetiva y razonable, lo que ya hemos dicho que no se

concorre, a lo que se añade que la eliminación de tal facultad de constituirse en parte procesal para formular la acusación particular conduce a un resultado carente de proporcionalidad, pues el sacrificio del derecho del perjudicado por un delito a ejercer la acción penal no se orienta a la finalidad de proteger otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos de superior relevancia, ya que el mantenimiento de la disciplina, como factor de cohesión de la institución militar, que es el bien constitucionalmente relevante (SSTC 21/1981, de 15 de junio, 97/1985, de 29 de julio, 180/1985, de 19 de diciembre, 107/1986, de 24 de julio, 371/1993, de 13 de diciembre, y 115/2001, de 10 de mayo) que se invoca tanto por el Abogado del Estado como por el Fiscal General del Estado como justificación de la excepción establecida por los preceptos legales cuestionados, no se ve comprometido, por las razones que ya quedaron expresadas, al examinar este supuesto a la luz del artículo 14 CE, por el hecho de admitir que la acusación particular pueda ser también ejercitada en el proceso penal militar en los casos en que exista relación jerárquica de subordinación entre ofensor y ofendido.

9. La inconstitucional prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, establecida en los preceptos examinados, viene acompañada de la exclusión del ejercicio ante la jurisdicción castrense de la acción civil derivada del delito o falta militar por razón de la relación jerárquica de subordinación, de suerte que se remite al perjudicado a la jurisdicción civil —se sobreentiende que una vez concluido el proceso penal militar— para ejercitar tal acción (art. 108, párrafo 2, inciso final LOJM).

Ciertamente, del artículo 24.1 CE no puede derivarse la exigencia de que la acción civil derivada de delito deba ir aneja a la acción penal y ejercitarse necesariamente en el proceso penal, sino que el legislador dispone de una amplia libertad para configurar la regulación procesal del ejercicio de la acción civil *ex delicto*. No obstante, una vez que el legislador ha optado por establecer, como regla general, que el agraviado y perjudicado por el delito pueda ejercer en el proceso penal militar conjuntamente con la acción penal la acción civil derivada, salvo que opte por reservarse el ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción civil, cualquier excepción a esta regla general debe superar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad para que pueda ser considerada constitucionalmente legítima.

Pues bien, la exclusión o prohibición del ejercicio de la acción civil derivada del delito o falta en el proceso militar en el caso de que exista relación jerárquica de subordinación entre el militar perjudicado y el militar ofensor, ni resulta suficientemente justificada ni es proporcional al sacrificio de derechos impuesto, por lo que constituye por sí misma una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, tal como ya declaramos en la STC 115/2001, FJ 12.

En efecto, al impedirse al perjudicado por el delito o falta militar que, actuando su interés legítimo, se constituya como actor civil en la causa penal militar, ejercitando al efecto la adecuada pretensión resarcitoria, se está obstaculizando la obtención y efectividad del deber de reparación a cargo del responsable criminal, sin que para ello ofrezca justificación suficiente el principio de jerarquía entre los diversos empleos militares ni esté, en modo alguno, concernida la disciplina propia de la institución militar, dado que mediante dicha pretensión resarcitoria no se persigue la inculpación y condena penal del militar acusado, sino tan sólo la fijación de la adecuada indemnización de la lesión producida en los bienes y derechos del militar agraviado por el hecho punible.

10. La anterior conclusión no queda enervada por la cláusula de remisión a la jurisdicción ordinaria antes mencionada, pues no sólo se ocasiona una inevitable dilación en la obtención de la reparación a que el militar perjudicado pueda tener derecho,

sino que el ejercicio ante la jurisdicción civil de la pretensión resarcitoria va a resultar condicionado por el relato de hechos probados de la sentencia dictada por la jurisdicción castrense, en un proceso en el que el que no ha podido intervenir el militar que ha sufrido los daños y perjuicios cuya reparación pretende obtener. En efecto, la jurisdicción civil está vinculada por las sentencias penales condenatorias en cuanto a los hechos que las mismas declaren probados y que sean integrantes del tipo que definen y castigan y por las absolutorias en cuanto declaren la inexistencia del hecho delictivo del que la acción civil hubiera debido nacer, toda vez que el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) demandan, como ya desde la STC 77/1983, de 3 de octubre, FJ 4, tuvimos ocasión de sostener, que “unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado” o, dicho en otras palabras, no caben pronunciamientos contradictorios en virtud de los cuales resulte que “unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue”, pues ello repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica (SSTC 62/1984, de 21 de mayo, FJ 5; 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 4; 30/1996, de 27 de febrero, FJ 5; y 59/1996, de 15 de abril, FJ 2, por todas). De modo que el militar perjudicado que no pudo ejercer la acusación particular ni tampoco la acción civil aneja en el proceso penal militar, por razón de la relación jerárquica de subordinación, verá constreñido su derecho de defensa, sus posibilidades de alegar y probar en relación con los hechos, cuando pretenda ejercitar la acción de responsabilidad civil derivada de ilícito penal ante la jurisdicción ordinaria una vez concluido el proceso penal militar, lo que evidencia la falta de justificación y la desproporción de la cortapisa establecida en los artículos 108.2 LOJM y 127.1 LOPM».

(STC Pleno 179/2004, de 21 de octubre. Cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 2885/2001 planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con los artículos 108.2 de la LO 4/1987, de 15 julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, y 127.1 de la LO 2/1989, de 13 abril, procesal militar, por posible vulneración de los artículos 14 y 24.1 CE, en relación con el inciso final del artículo 117.5 CE. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes, «BOE» de 19 de noviembre de 2004. *Id.*, también, STC 119/2004, de 12 de julio. Recurso de amparo núm. 7164/2002. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel, «BOE» 11 de agosto de 2004)

REAL DECRETO 190/1996, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PENITENCIARIO

ARTÍCULO 242. i)

Derecho del interno a asesorarse durante la tramitación del expediente sancionador. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinente

«El derecho de defensa es una de las garantías indudablemente aplicables ex artículo 24.2 CE en los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario, pues las peculiaridades del internamiento en establecimientos carcelarios no pueden implicar que “la justicia se detenga en la puerta de las prisiones” (STC 157/2000

de 12 de junio, FJ 3, por todas, y STEDH Campbell y Fell, de 28 de junio de 1984), debiendo destacarse la íntima conexión del derecho de defensa con el derecho de asistencia letrada (por todas STC 9/1997, de 14 de enero, FJ 3). Por otro lado, como se recuerda en nuestra STC 104/2003, de 2 de junio, FJ 5, hemos entendido que cumple suficientemente con la garantía constitucional del derecho de defensa la posibilidad de asesoramiento prevista en el artículo 242.2, letra i), del Reglamento penitenciario vigente (STC 236/2002, de 9 de diciembre), que puede ser realizada, no solamente a través de un Abogado, sino también a través de un funcionario del Centro Penitenciario o por cualquier otra persona que el interno designe, siempre que en este último caso la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legítimamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario (STC 27/2001, de 29 de enero).

De tal modo, al reconocer expresamente la legislación penitenciaria la posibilidad de que los internos soliciten asesoramiento durante la tramitación de los expedientes disciplinarios, la pasividad o el silencio de la Administración ante una solicitud de este tipo realizada en tiempo y forma ante el órgano competente puede significar la lesión del artículo 24.2 CE si supone la privación definitiva de la oportunidad de recibir una asistencia necesaria y eficaz para la preparación de su defensa (SSTC 143/1995, de 3 de octubre; 128/1996, de 9 de julio; 83/1997, de 22 de abril; 181/1999, de 11 de octubre; y 236/2002, de 9 de diciembre); es decir, sólo podrá apreciarse vulneración del derecho de defensa si la que efectiva y concretamente se ha ejercitado en el proceso se manifiesta incapaz de contribuir satisfactoriamente al examen de las cuestiones jurídicas suscitadas en el mismo, lo cual será determinable, en cada caso concreto (STC 233/1998, de 1 de diciembre), atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos de quien se defiende personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa.

[.../...]

Concretando la doctrina constitucional por la que las garantías procedimentales ínsitas en el artículo 24 CE, en sus dos apartados, son predicables, no sólo del proceso penal, sino también, *mutatis mutandis*, de las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración, ello “con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional” (STC 18/1981, de 8 de junio), este Tribunal ha declarado reiteradamente que entre las garantías indudablemente aplicables a los procedimientos sancionatorios en el ámbito penitenciario se encuentra el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (por todas, SSTC 27/2001, de 29 de enero, FJ 8; y 9/2003, de 20 de enero, FJ 3). Este derecho es inseparable del derecho de defensa y exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, sin desconocimiento ni obstáculos. Siempre que la prueba sea propuesta en tiempo y forma, sean pertinentes y relevantes los medios probatorios, y decisivos para la defensa del recluso, es decir, potencialmente trascendentes para el sentido de la resolución, el derecho a utilizar los medios de prueba resultará vulnerado en aquellos supuestos en los que el rechazo de las diligencias interesadas carezca de toda motivación, o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable (por todas, SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6; 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 7; y 181/1999, de 11 de octubre, FJ 3)».

(STC 91/2004, de 19 de mayo. Recurso de amparo núm. 6047/2002. Ponente: D. Tomás S. Vives Antón, «BOE» de 10 de junio de 2004)

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá de Henares

ARTÍCULO 14

Error de prohibición: creencia de la licitud del acto; Ministro que entrega regalos a esposas de funcionarios de su ministerio a cargo de fondos reservados

Primero.—En motivo único y amparado en el artículo 849-1º LECrim., protesta el recurrente por haber estimado indebidamente el Tribunal un error invencible, infringiendo de tal modo el artículo 14 del Código Penal.

El recurrente sostiene que se ha producido la absolución del exministro C., por haber entendido la Audiencia que sufrió un error invencible de prohibición, no obstante tener conocimiento de la ilicitud de sus actos.

Para argumentar de tal modo parte de los hechos probados que de modo objetivo y asépticamente afirman que llevó a cabo un acto de disposición de los fondos depositados en la cuenta NUM043, denominada de material, destinada a gastos reservados.

De la precitada cuenta dispuso de 7.385.860 pts., que descontado el IVA, supuso un gasto de 6.507.364 pts. que destinó, en tres años sucesivos (1990-1993) con ocasión de las Navidades, a obsequios para las esposas de distintos funcionarios del Ministerio del Interior.

Las prenombradas disposiciones, en opinión del recurrente, las realizó el acusado con conocimiento de su ilegalidad, ya que utilizaba una partida presupuestaria que no estaba establecida para este menester, denominada cuenta de material y gastos reservados, en lugar de la que procedía (gastos sociales y de protocolo) al objeto de eludir el control de la Intervención estatal delegada.

El acusado era consciente de que tales gastos debían cargarse en esta cuenta y no en las otras. Insiste el recurrente que aunque hubiere tenido alguna duda sobre la corrección legal de la aplicación de los fondos públicos, debió acudir a los servicios jurídicos del Estado para que esclarecieran la duda.

2. Antes de analizar el caso concreto que se nos plantea, bueno es recordar los criterios o referencias que deben tenerse presentes para poder afirmar que nos hallamos ante un supuesto de error. En tal sentido esta Sala tiene dicho que el error de prohibición se encuentra en función del delito, su naturaleza y las condiciones culturales y personales del sujeto que lo sufre. Dentro de este último apartado deberán constar las condiciones psicológicas y cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de su obrar.

Por tal razón quedará excluido el error:

a) si el sujeto activo tiene normal conciencia de la antijuricidad de su conducta o al menos sospecha que su comportamiento es contrario a derecho. Bastaría la alta probabilidad de antijuricidad, no la seguridad absoluta de su actuar incorrecto.

b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente.

En suma, si el autor del hecho ha tenido motivos para dudar sobre la antijuricidad de su acción debe cerciorarse de la verdadera situación mediante la autorreflexión y la información en fuente jurídica confiable.

3. La sentencia, en su fundamento jurídico vigésimo tercero, resuelve satisfactoriamente el conflicto.

Para que pueda decirse que una persona se halla en un error es necesario que capte deformadamente la realidad, evidenciándose una discordancia entre lo que realmente es y lo que ella cree.

En nuestro caso el recurrente parte de una base hipotética: que los gastos realizados por el acusado no eran susceptibles de cargarse en el apartado presupuestario de «gastos sociales y de protocolo». Para ello arguye que en el epígrafe correspondiente del Presupuesto, n.º 226-01, no se incluyen de forma expresa «las retribuciones en especie al personal funcionario».

Esta postura dialéctica la califica la sentencia de gratuita, pues los beneficiarios con los obsequios no son funcionarios y por ende no se produce retribución alguna. Y si la evitación de que la retribución sea en especie tiene por objeto desterrar cualquier fraude, en nuestro caso la computación a metálico lo excluía, dada la precisa concreción de la cuantía, como los hechos probados recogen.

No puede haber un error o equivocación cuando el gasto pudo perfectamente ser procedente. Ningún pronunciamiento de la Intervención del Estado existe sobre la incorrección de cargar los obsequios en el apartado antedicho, ni tampoco una doctrina legal o jurisprudencial que así lo establezca. Si el gasto pudo ser ajustado a ley, y en la duda debemos entenderlo así en beneficio del reo, huelga hablar de error.

4. El Tribunal sentenciador de origen, siguiendo el razonamiento, parte de que el acusado, en evitación de cualquier posible dificultad u obstáculo legal que pudiera aducir la Intervención del Estado, acude, no a la cuenta de «protocolo y gastos sociales», sino a la de «gastos reservados de material», dedicados fundamentalmente a la lucha antiterrorista. La adecuación o no de recurrir a esta cuenta podría integrar una irregularidad administrativa, pero no convierte en delictivos los actos de disposición realizados. Las responsabilidades del acusado sólo alcanzarían al orden administrativo o contable.

Bien, pues aun en dicho apartado el Tribunal no excluye que su aplicación estuviera justificada dentro de una correcta política en materia antiterrorista. En momentos álgidos de la lucha contra el terror en que los zarzapos de la banda terrorista ETA se sucedían, resultaba esencial mantener la cohesión, la moral y el buen ambiente del

equipo ministerial en el que la estabilidad y continuidad en los cargos era de fundamental importancia. En este sentido no descarta el Tribunal (criterio valorativo no combatido) que el dinero dispuesto pudiera inscribirse dentro de las finalidades de los gastos reservados. En la duda, este punto de vista debe favorecer al reo y, en consecuencia, no puede hablarse de error cuando existe convicción fundada de actuar conforme a ley, y tal convicción responde o puede responder a la realidad, que se capta tal cual es y no de una manera equivocada o deformada.

5. El Tribunal tuvo en cuenta:

- a) que en las cenas de Navidad los obsequios que se entregaron durante los tres años sucesivos tenían plena publicidad.
- b) se hacen en fechas significativas y nadie reprochó este comportamiento ni le advirtió de la posible ilegalidad.
- c) las compras se hacían en una joyería conocida, contra factura, que incluía el impuesto sobre el valor añadido (IVA).

Por todo ello el Tribunal concluye que no es clara la distinción entre los subconceptos correspondientes al código presupuestario 226-01 (protocolo y atenciones sociales) y el 226-08 (gastos reservados), amén de que podía resultar factible la subsumión en el primero y en hipótesis excepcionales o delicadas de la lucha antiterrorista, tampoco se excluiría la acomodación del gasto al segundo apartado.

6. Lo dicho hasta ahora justifica el acierto de la decisión absolutoria, aunque la Sala de instancia haya utilizado argumentos de dudosa corrección.

Al recurrente no le falta razón cuando nos habla de la inconsistencia de uno de los acogidos por el Tribunal, pues, en modo alguno puede servir de refuerzo, sobre la creencia de la legalidad de la disposición, la equiparación que se hace con los regalos que reciben los diputados y senadores con ocasión de las fiestas navideñas. En estas últimas hipótesis la legalidad es incontestable. La tradición de estos regalos se halla arraigada, ha perdurado en el tiempo y además son sufragados con el dinero de una partida destinada a tal finalidad, previo control del gasto. El regalo se hacía al diputado o diputada y no al cónyuge y eran aprobados por el Pleno del Congreso, como un gasto más del Presupuesto.

No obstante, la futilidad del argumento no oscurece las conclusiones avaladas por otras probanzas de mayor peso, ya reseñadas.

7. Tampoco la aplicación alternativa o subsidiaria que el Tribunal hace del error, invencible y vencible, resulta plenamente clara. Sería preciso puntualizar sobre este extremo. Comienza admitiendo la existencia de un error esencial de prohibición, lógicamente para la hipótesis, no probada, de que la disposición de los bienes no fuera conforme a derecho, de acuerdo con los dos subconceptos presupuestarios antes referidos.

Sin embargo, la alegación debió quedar en este punto. Pero, como admite a efectos dialécticos que el error pudo calificarse de vencible, nos dice la Audiencia que la culpabilidad quedaría también excluida, por considerar que en todo caso el delito precisa de un «ánimo de lucro» que no concurría en el acusado.

El argumento resulta innecesario y contrario a la tesis que la sentencia mantiene, ya que de estimarse la atenuación del error vencible (que el propio Tribunal menciona a efectos dialécticos), la pena debía reducirse en uno o dos grados, cualquiera que sea la teoría que se entienda acogida en el artículo 14 C.P. (teoría del dolo o de la culpabilidad), pues a diferencia de la regulación del error de tipo que se remite a una posible condena por delito imprudente cuando el error es vencible; en el vencible de prohibición no se precisa de tal condicionamiento y debe imponerse siempre la pena atenuada.

Por lo demás, aunque no posea virtualidad, dada la inoperancia del argumento, a los solos efectos retóricos debe quedar sentado que el ánimo de lucro no queda excluido en el acusado por el hecho de que al disponer del dinero ajeno (apropiación) lo hiciera en beneficio de terceros, pues el *animus lucrandi* existe, por más que la apropiación del dinero se realice con propósitos de ulterior beneficencia o con fines altruistas.

Sí constituye un hecho de singular relevancia para calificar el posible error concurrente de invencible que el destino de los bienes no sea el lucro propio, circunstancia que lo aleja del reproche que pudieron merecer los otros altos cargos del Ministerio del Interior.

El motivo, y con él el recurso, debe rechazarse.

(Sentencia de 18 de octubre de 2004)

ARTÍCULO 22.2

Agravante de disfraz: requisitos. Es de aplicación la agravante aunque la utilización del dispositivo dirigido a impedir la identificación, no evite ser reconocido por las personas presentes en el hecho. Lo decisivo es que sea hábil, en abstracto, para procurar evitar la identificación, aunque en el supuesto concreto no se logre

Segundo.—El correlativo se formula por infracción de ley al amparo del artículo 849 de la LECrim., por aplicación indebida del artículo 22.2 CP que contempla como circunstancia agravante la de ejecutar el hecho mediante disfraz.

Alega el recurrente que es requisito de la agravante el que haya resultado eficaz a los efectos pretendidos, resultando de los propios hechos probados que no lo fue.

Pues bien, el *factum* lo que viene a describir es que el procesado Lucas, tapándose parcialmente la cara impidiendo que se viera la totalidad de la misma... entró en el bar donde ocurrieron los hechos. Y en el fundamento de derecho cuarto la Sala de instancia completa la narración, indicando que Lucas cubría su rostro del borde de la nariz hacia abajo, con una bufanda, y finalizando al decir que la ocultación del rostro se mantuvo durante todo el *iter criminis*, ya que existía al iniciar el robo, al degenerar en una doble acción homicida y para consumir seguidamente la sustracción del dinero.

Hubo, por tanto, un ocultamiento parcial del rostro que se mantuvo durante el acaecimiento de todos los hechos de autos.

Es doctrina de esta Sala, en primer lugar, que tres son los requisitos para la estimación de esta agravante:

- a) Objetivo: consistente en la utilización de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual.
- b) Subjetivo: propósito de facilitar la ejecución del delito o evitar su identificación, rehuyendo responsabilidades.
- c) Cronológico: según el cual el disfraz ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, no antes ni después de tal momento (SSTS de 17-junio-99; 15-septiembre-99; y 10-mayo-2001).

Y, en segundo lugar, que igualmente procederá la apreciación de la agravante – como hace notar la primera de las sentencias invocadas en el anterior epígrafe– «cuando en abstracto, el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación. Es decir, el presupuesto de hecho para la aplicación de la agravación no requiere que efectivamente las personas presentes en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer el autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación, aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés» (STS de 17 de junio de 1999).

Partiendo de la jurisprudencia citada, no cabe admitir reproche en la decisión del Tribunal *a quo* que estimó aplicable la circunstancia de agravación del artículo 22.2 del Código Penal, que viene a sancionar el plus de ilicitud y reproche que merece buscar la impunidad, ocultando la identidad física.

(Sentencia de 5 de mayo de 2004)

ARTÍCULO 65

Participación del extraneus en delito especial impropio (situación antes de la reforma L.O. 15/2003)

Vigésimo sexto.–4. Asiste razón al recurrente cuando afirma que él no tenía la disposición de los bienes públicos que en definitiva fueron malversados y es cierto que tal circunstancia, prevista en el artículo 432-1º C.P., se exige como elemento tipológico imprescindible para que pueda nacer el delito de malversación de caudales.

Sin embargo, cuando nos hallamos ante un delito especial, la jurisprudencia más reciente de esta Sala viene entendiendo que, como quiera que el tipo delictivo exige una condición del sujeto activo (funcionario público o autoridad) o una circunstancia (custodia y disponibilidad de los bienes públicos), el tercero en quien no concurren estas circunstancias no podrá cometer el hecho conforme al n.º 1.º del artículo 28 C.P. pero sí puede hacerlo, según el n.º 2 de ese artículo, en concepto de inductor o cooperador necesario. El tercero que coopera al hecho aunque no fuera funcionario o no tuviera la disposición de los caudales públicos, es consciente y colabora a que estos caudales, cuya naturaleza conoce, sean dilapidados por la persona (o en colaboración con la persona) encargada de su custodia, lo que hace más reprochable su conducta que si cometiera el correlativo delito común, en los casos de delitos especiales impropios.

En nuestro caso tampoco sería posible aplicar el correlativo común (apropiación indebida), pues también en ese tipo delictivo (art. 252, en relación al 249 y 250 C.P.) se exige que el autor del hecho haya recibido los bienes en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, esto es, igualmente se requiere una legítima posesión previa o capacidad material o jurídica de disposición sobre los bienes apropiados, que el recurrente no tenía.

No se nos pasa por alto los intentos de esta Sala de suavizar la situación de quien no puede ser autor directo del delito, dada su aparente menor reprochabilidad, habiéndose ensayado para dar solución a este agravio la aplicación, con dudosa corrección dogmática, de una atenuante analógica consistente en no ser –el inductor, cooperador necesario o cómplice– funcionario público o depositario de los bienes. Sería preciso que la analogía se estableciera con alguna otra circunstancia del artículo 21 C.P. y no con el

artículo 65. Mas, tal anomalía ya ha sido corregida en la reforma del Código Penal, que ha entrado en vigor el pasado primero de octubre, incluyendo la previsión legal en el n.º 3 del artículo 65 C.P.

Pero como tenemos dicho, este Sala se viene inclinando por responsabilizar al partícipe, por inducción o cooperación necesaria (*extraneus*), al mismo nivel punitivo que el autor del n.º 1 del artículo 28 C.P., con la aplicación de una atenuante (*vid.* SSTS de 21 de diciembre de 1999 y 11 de junio de 2002, con cita, a su vez, de otras muchas).

5. Dicho lo anterior, es necesario dar un paso más y admitiendo que el recurrente era conocedor del origen de los fondos percibidos y de la ilegalidad de su percepción, hemos de preguntarnos sobre su responsabilidad en el delito que se le imputa. Sería preciso la aportación del esfuerzo propio a la causación del hecho criminal, ya que el acuerdo previo no le hace responsable de los hechos ejecutados por los demás.

En aras a la determinación del aporte causal al hecho hemos de partir de dos premisas, que se imponen insoslayablemente para discernir la cuestión:

- conducta desplegada por el agente, según hechos probados, susceptible de complementarse con afirmaciones fácticas de la fundamentación jurídica.
- calificación jurídica dentro de cualquiera de las modalidades conductuales de participación en el hecho (inductor o cooperador, necesario o no necesario).

Sobre el primer extremo ninguna precisión se hace en hechos probados que vaya más allá de la entrega de los fondos públicos por parte de R.V. y la recepción del numerario por el recurrente para su enriquecimiento personal.

En la fundamentación jurídica se precisan los actos participativos, contrayéndose exclusivamente a la existencia de un acuerdo previo de entregar y recibir, y en base a ese acuerdo se halla «una cooperación que incluye formas inductivas evidentes, estimando que la iniciativa de los beneficiados fue causa de las sustracciones».

Apunta el Tribunal inferior la inclusión de las conductas de cooperación del «*extraneus*» en los tipos de delitos propios, pero sigue sin concretar en que consistió la posible inducción o cooperación, pues el hecho de aceptar la entrega de una cantidad de fondos públicos que tenían otro destino, no supone por sí constrictión alguna frente al que tenía la disposición de los mismos, ni cooperación esencial dirigida a perfeccionar el delito.

6. En los mismos hechos probados se dice «que cuando llegó a F.C. un cheque millonario, teóricamente para su lucro, ordenó ingresarlo en la Caja de la Guardia Civil».

Ni se estima razonable la inducción de un inferior frente a un superior jerárquico, ni el hecho de poseer voluntad de aceptar un dinero es condición necesaria para desprenderse de él el que lo entrega, pues el custodio responsable puede realizar o no el acto de disposición con plena libertad, conservando en todo caso el dominio del hecho y siendo su decisión independiente de la voluntad del virtual beneficiario de aceptar o no el regalo.

De existir alguna forma subrepticia de inducción o de intervención decisiva (cooperación) debió expresarse así en el *factum* o en la fundamentación jurídica. No haciéndolo se echa en falta la demostración de la participación delictiva del recurrente, que podrá estar teñida de ilicitud administrativa, pero no integra delito alguno. Sí comete delito el acusado R.V. como custodio y disponente de los bienes públicos, de ahí que la cantidad recibida por el recurrente, por cierto, íntegramente restituida, deba caer en comiso, como objeto del delito, a tenor de lo que establece el Código Penal entre sus consecuencias accesorias (art. 127 C.P.).

En conclusión, el motivo debe merecer acogida.

Vigésimo octavo.—En el siguiente motivo, también por infracción de ley (art. 849.1.º LECrim.), considera indebidamente aplicado el artículo 432.1.º C.P.

1. En el fondo el motivo es coincidente, en lo sustancial, con el número 4.º de los planteados por L.R.

Integrado el desvalor de la acción del delito de malversación por la infracción de los deberes de fidelidad que afectan al funcionario a quien se le confían los caudales públicos para su custodia, es visto que los que recibió el acusado no estaban a su cargo, faltando así, uno de los elementos configuradores del delito del artículo 432.1.º C.P.

Pone a su vez en entredicho, y no le falta razón, la participación en el delito, negando que realizara actos de cooperación necesaria o inducción y, en caso de tener alguna intervención, la intensidad objetiva del aporte al delito y el momento en que se realiza (fase de preparación) excluiría la autoría del hecho.

Asimismo argumenta que, aunque el dinero no le hubiera sido entregado para pago de un confidente de la Policía sino para hacerlo propio, lo hubiera visto lógico y lo hubiera tomado en el entendimiento de que tal indemnización tendría una finalidad compensatoria por los daños y perjuicios que implican el constituir un permanente objetivo de una banda terrorista. De ahí que la culpabilidad debió quedar excluida por razones de error de significación al haber actuado con pleno convencimiento de que la entrega recibida era justa y debida.

2. Frente a tal planteamiento son válidos los argumentos utilizados para resolver el mismo motivo de L.R.

El acusado, según la convicción del Tribunal, asentada en pruebas fiables, era conocedor de la irregularidad o ilegalidad de la entrega, que formaba parte del despilfarro o aplicación desviada de unos caudales públicos en beneficio privado de altos cargos del Departamento de Interior.

El recurrente intervino en esta apropiación ilegal, acordando con el dador del dinero la entrega de una determinada cantidad que recibió e hizo propia con propósitos lucrativos.

3. Acerca de si debe merecer acogida la alegación de que el recurrente no tenía capacidad para decidir el destino de los bienes, en razón del cargo que ocupaba, debemos insistir en que hallándonos ante un delito especial que sólo puede cometer el funcionario o autoridad que en tal concepto tenga a su disposición la custodia del dinero o efectos públicos de los que ilegalmente dispone para lucro propio o de terceros, es indudable que tal condición no se daba en el recurrente.

No dándose en él tal circunstancia nos hallaríamos, teóricamente, ante un caso de participación del «*extraneus*» en el delito, que conforme al artículo 65 n.º 3 C.P. que entró en vigor el 1 de octubre último permite bajar un grado la pena (art. 2.2, 65.3.º y disposición transitoria 1.ª del C.P.).

4. Sigue faltando en este caso, como en el del anterior recurrente, la concreción de la participación o aporte material al delito.

Ni en hechos probados ni en la fundamentación jurídica se describe conducta alguna que no sea la recepción voluntaria de los caudales públicos en propio beneficio, pero ninguna forma inductiva ejercida sobre el dador de los fondos se aprecia, ni su intervención o colaboración (esencial o secundaria) al hacer propio el dinero fue determinante de la entrega, ni en definitiva resulta acreditada colaboración o intervención alguna para poder responsabilizarle de un hecho delictivo que debe atribuirse exclusivamente a R.V.

Las situaciones de este recurrente y de L.R. no tienen nada que ver con la del acusado R.C., que aun no siendo el depositario y custodio de los bienes, sí fue el instigador o generador del delito, con influencia decisiva, consecuencia de las reuniones

celebradas en el «Cenador de Salvador» (Moralzarzal) y «El Molino» de Algete. Las influencias en la gestación de la idea criminal, entre el Secretario de Estado y los dos (de la Policía y de la Guardia Civil), fueron recíprocamente influyentes y decisivas. Esa situación no se dió en el recurrente, por lo que a falta de la determinación de una intervención inductiva o de eficaz cooperación al hecho delictivo, debe decretarse la absolución, sin perjuicio del comiso del dinero, que fue objeto de restitución.

Estimando este motivo, carece de todo interés pronunciarse sobre los dos siguientes.

(Sentencia de 18 de octubre de 2004)

ARTÍCULO 68

Posibilidades concursales entre delitos de detención ilegal y lesiones: supuestos en los que procede el concurso real y no el medial previsto en el artículo 77

Vigesimotercero.—Recorre en este motivo el error de derecho por la infracción del artículo 68 del Código Penal al declarar que los delitos de secuestro y de lesiones concurren realmente, desestimando la existencia de un concurso ideal-medial.

En el desarrollo argumentativo del motivo alude a la existencia, no de un concurso de delitos, sino de normas, considerando que las lesiones producidas se consumen en la detención ilegal o secuestro.

El motivo se desestima. Lo que produce las lesiones físicas que padeció la perjudicada no se derivan del secuestro, de la detención ilegal prolongada, sino de las condiciones de secuestro, sin posibilidad de deambular, en oscuridad, con la comida racionada, etc. Por lo tanto, es una acción independiente de la privación de libertad la que causa las lesiones que no son mera consecuencia de una privación de libertad, sino de las condiciones en las que ésta se realizó. Por lo tanto, una acción distinta que produce un resultado subsumible en el artículo 420 del Código Penal, no como consecuencia accesoria de la privación de libertad sino como resultado independiente de la privación de libertad. Considerada existente una pluralidad de acciones que producen resultados distintos, tampoco podemos considerar que esos delitos concurren idealmente, como medio a fin, sino que ambos son independientes.

En términos generales afirmamos la concurrencia en concurso medial, cuando conforme al artículo 77 del Código Penal de 1995, un delito es medio necesario para la comisión de otro, descartándolo cuando la concurrencia es mera contingencia dependiente de la voluntad del autor. «El artículo 77 se refiere a medios necesarios, es decir, ineludibles por parte del autor», STS de 18 de diciembre de 2002. Este criterio admite excepciones, así en la STS de 9 de octubre de 2002, con cita de otras de la Sala, afirma que «la determinación de cuándo un delito es medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos».

El artículo 77 del Código Penal de 1995, correspondiente al 71 del anterior texto, contempla dos diferentes figuras de concursos de delitos para los que establece la misma regla punitiva. Para el supuesto de delito medio para la comisión de otro, realmente lo que regula es un concurso real con los efectos en la penalidad del concurso ideal. Por ello es llamado doctrinalmente concurso ideal impropio. La fundamentación del tratamiento punitivo radica en la existencia de una unidad de intención delic-

tiva que el legislador trata como de unidad de acción. Pero la voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación concursal medial se producirá cuando la relación sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes.

Los ejemplos en nuestra jurisprudencia son varios: hemos excluido la relación concursal medial entre el delito de hurto de uso y robo violento, aunque en la intención del autor el uso del vehículo era el medio diseñado para la comisión del delito, al faltar el elemento de la necesidad. De igual manera, el delito de tenencia lícita de armas y el robo violento. Pero estos pronunciamientos no son igualmente precisos al estudiar la concurrencia del delito de detención ilegal y el robo violento, con resoluciones afirmando el concurso ideal, STS de 9 de octubre de 2002, y el concurso real, STS de 18 de diciembre de 2002, a las que antes nos referíamos.

La dificultad para determinar la existencia, o no, del concurso medial, estriba en dar un concreto contenido a la expresión de «medio necesario» que exige el presupuesto del concurso. En principio esa relación hay que examinarla desde el caso concreto exigiendo que la necesidad exista objetivamente, sin que baste con que el sujeto crea que se da esa necesidad. Ahora bien, tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de Leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos Leyes en aplicación simultánea.

Parece que un criterio seguro para la determinación de la «necesidad» es el de comprobar si en el caso concreto se produce una conexión típica entre los delitos concurrentes. Así, cuando en la comisión de un delito fin, por ejemplo, la estafa, el engaño típico se materializa a través de otro delito, por ejemplo, falsedades, uso de nombre supuesto, etc., teniendo en cuenta las exigencias de conexión lógica, temporal y espacial, esa acción ha de ser tenida por necesaria para la consideración de delito instrumental.

Es obvio que para la detención ilegal no es precisa, en sentido objetivo, la causación de lesiones físicas, por lo que su concurrencia será de acuerdo a las normas del concurso real.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

(Sentencia de 6 de mayo de 2004)

ARTÍCULO 74

Relación del delito continuado con los principios de non bis in idem y res iudicata. Delimitación conceptual y ámbito del primero

Segundo.—El primero de los motivos del recurso se articula por infracción de preceptos constitucionales al amparo del artículo 5.4 LOPJ en relación con el artículo 849.1 de la LECrim, por haberse vulnerado los principios *non bis in idem*, de legalidad y de tipicidad del artículo 25 de la Constitución Española y los derechos a la tutela judicial efectiva con próscripción de la indefensión, al Juez imparcial y ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías del artículo 24.1

y 2 de la Constitución, así como el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, del artículo 9.3 de dicha norma, al existir cosa juzgada.

1. La esencia del motivo se centra, como queda expuesto en el breve extracto de su contenido, en la supuesta infracción del principio *non bis in idem* y, en particular, del principio de la cosa juzgada (*res iudicata*), principios que tienen su arraigo en el de legalidad, de tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, recogidos en la Constitución.

El soporte argumental de tal planteamiento lo encuentra en que R.V. ya ha sido enjuiciado y sentenciado (caso Marey y caso Lasa-Zabala) en dos procesos anteriores por delito continuado de malversación de caudales públicos; e igualmente la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid ha juzgado a dicho acusado a pesar de existir un previo auto de sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones, resolución firme y definitiva, referida exactamente a los mismos hechos.

Analiza a lo largo del motivo la doctrina y jurisprudencia sobre el principio *non bis in idem*, tanto en su vertiente material o sustantiva como procesal, destacando la imposibilidad de la doble punición y prohibición de doble proceso.

Hace hincapié en la doctrina jurisprudencial en la que se establecen los límites de la cosa juzgada, concretándolos en el hecho y en la persona inculpada. Ni la identidad de quienes ejercitan la acción ni el título por el que se acusó o precepto penal en que se fundó la acusación tienen transcendencia alguna.

La exposición que realiza el recurrente es correcta en sus planteamientos teóricos, pero a la hora de descender al caso concreto llega a conclusiones incorrectas, fruto de la confusión o inclusión dentro del principio de *non bis in idem* o *res iudicata* del fenómeno del delito continuado, al que quiere aplicar idéntica doctrina, cuando sólo en algunos casos sería posible hacerlo.

Tal confusión o conmixtión traslucida en el motivo articulado no ha pasado desapercibida para el Tribunal de instancia, que ya se hizo eco de ella en el fundamento jurídico decimoséptimo, cuando afirma, con razón, «que la cosa juzgada y el *bis in idem* son conceptos distintos que, a veces, coinciden y a veces no, pues siempre que hay cosa juzgada, una nueva sanción supondría un *bis in idem*, pero puede haber casos de *bis in idem*, sin cosa juzgada».

2. Deberemos comenzar, para dar cumplida respuesta al motivo, por indagar, en los tres supuestos aludidos por el recurrente objeto de sendos procesos, si existió cosa juzgada con relación al presente. Éstos son:

– Caso Segundo Marey, al que se refiere la sentencia de esta Sala de 29 de julio de 1998 (causa especial 2530/95).

– El caso Lasa-Zabala, en el que se acusaba a R.V. como autor de un delito de malversación de caudales públicos, del que resultó absuelto, según reza el fallo de la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2000, confirmada en este punto por la número 1.179/2001 de esta Sala.

– Auto de sobreseimiento y archivo de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid (28 de febrero de 1995) que confirma el del Juzgado de Instrucción número 20 de dicha capital de 26 de septiembre de 1994.

Es obvio que de las dos identidades que simultáneamente deben concurrir para incidir en el *non bis in idem* se da la coincidencia subjetiva, por cuanto los tres procesos se refieren al recurrente. Examinaremos en cada uno de ellos la posibilidad de identidad objetiva o sustento fáctico de los mismos. Hemos de recordar que estas cuestiones fueron abordadas y recibieron cabal respuesta por la Audiencia Provincial,

tanto en el auto resolviendo cuestiones previas de 28 de septiembre de 2001, como en la propia sentencia combatida (fundamento jurídico segundo).

3. En relación al primero de los procesos que acabamos de referir (caso Segundo Marey), se condenó a R.V. por un delito simple de malversación de caudales públicos, al haber aplicado un millón de francos franceses, provenientes de los fondos reservados, al secuestro de un ciudadano. La autonomía e independencia de aquella causa penal resultaba justificada procesalmente, ya que el hecho principal enjuiciado (secuestro condicional) iba acompañado de otro delito calificado de medio necesario, integrado por la malversación de caudales; de ahí, que el concurso medial a que fue condenado el recurrente (art. 77 CP), imponía su enjuiciamiento conjunto y autónomo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 300 y 17.3 LECrim.

En lo que ahora nos afecta, los hechos sobre los que versó el proceso no eran coincidentes con los que se conocen en la presente causa. Ni la acción, ni el dinero sustraído, ni su aplicación, ni la finalidad del delito coincidían con el que ahora se juzga.

Faltando la identidad objetiva, esto es, siendo distintos los hechos enjuiciados en una y otra causa, no puede hablarse de *res iudicata*.

4. Lo mismo cabe decir de la causa Lasa-Zabala. En ella se absolvió a R.V. del delito de malversación de caudales, pero del análisis de las imputaciones realizadas al recurrente, ninguna de ellas coincide con los hechos que se atribuyen y por los que se condena en esta causa. Además, a diferencia del supuesto anterior que podría integrar parte de un complejo delictivo continuado (contemplando simultáneamente los hechos del caso Marey y los de este asunto), no resultaba posible en esta hipótesis, dada la absolución acordada. Dicho fallo absolutorio nos está indicando, o que no se acreditó la existencia de hechos integrantes de un delito de malversación de caudales públicos, o que de existir no tuvo participación en ellos el impugnante.

5. Por último, ninguna identidad fáctica se detecta en la materia delictiva objeto de la investigación realizada por el Juzgado de Instrucción número 20 de Madrid que concluyó con el auto de sobreseimiento y archivo de 29 de septiembre de 1994, a raíz de una denuncia de R.M.

Se denunciaba que ciertas personas (hasta el número de siete) fueron posibles receptores de cantidades de dinero de una cuenta de la que disponía de firma el recurrente, R.V., y los funcionarios M. y S., bastando dos firmas para autorizar los pagos.

El impugnante pretende establecer una identidad en los hechos, dada la genérica referencia a una posible disposición de fondos reservados y considerar sobreseídos libremente referidos hechos con el carácter de cosa juzgada, entre los cuales deberían incluirse los que son objeto del presente proceso. La cuestión fue resuelta en el auto dictado por la Audiencia al comienzo de las sesiones del juicio oral al responder a las cuestiones previas alegadas, reiterando en la sentencia los mismos argumentos resolutivos, que esta Sala de casación acepta y asume.

Los hechos no fueron los mismos, dada la generalidad y ambigüedad de la denuncia; los supuestos beneficiarios de los pagos eran otros; el objeto de la denuncia no se investigó, por lo que no pudo precisarse su alcance. Ello aparte, el sobreseimiento y archivo tuvo carácter provisional.

Las razones fueron contundentes, teniendo en la LECrim. el adecuado respaldo jurídico. En el procedimiento ordinario le está vedado al instructor acordar el sobreseimiento libre (arts. 634 ss.) y en el abreviado, el Juez no puede acordar dicha clase de sobreseimiento salvo que lo hayan solicitado todas las acusaciones (art. 790.3.º LECrim) o bien, redactado escrito acusatorio por el Fiscal o acusación particular, de su relato fáctico resulte que los hechos no constituyen delito (art. 790.6, en relación al 637.2 LECrim). Como quiera que estos supuestos no concurren en nuestro

caso, sea cual fuere la calificación que el Instructor le atribuya al sobreseimiento, sólo cabe el provisional, dada la indeterminación del *thema decidendi*. La intervención de la Audiencia para confirmar el auto no modifica la naturaleza provisional del mismo.

6. La defensa del recurrente en el acto solemne de la vista en casación adicionó otros argumentos para desmontar los razonamientos del auto y sentencia del Tribunal de origen. Precisó que, aunque el sobreseimiento libre sólo fuera posible en el procedimiento ordinario, la resolución de la Audiencia Provincial, al confirmar el auto del Instructor, suponía una decisión propia del órgano adecuado; estimando, a su vez, que el procedimiento a seguir debía ser el ordinario, dado que las penas asignadas al supuesto fáctico, en la legalidad penal vigente a la sazón, eran de reclusión menor, lo que determinaba que los hechos que se estaban conociendo fueran los propios de un sumario.

Sin embargo, no reparó que el nivel de investigación no llegó a precisar los hechos y las diligencias no rebasaron el trámite de las previas, y las diligencias previas forman parte del procedimiento abreviado, antes de urgencia (art. 789.2.º, ahora 774 LECrim). Los sobreseimientos decretados en previas deben incardinarse en el apartado de los provisionales.

El argumento tampoco es atendible.

7. Excluida la posibilidad de incidir en una *res indicata* o infracción del principio *non bis in idem*, resta analizar la influencia de la consideración conjunta como delito continuado, tanto de los hechos conocidos en esta causa como los que fueron objeto de condena en la del caso de Segundo Marey.

La disposición de fondos en aquel proceso se produjo en el año 1983, cuando ya R.V. había entregado dinero a S., por lo que el acto apropiativo se halla dentro del lapso temporal en el que se desarrollan todas las apropiaciones de fondos públicos que integran el delito continuado de malversación que nos ocupa.

El recurrente, trasladando la doctrina de la cosa juzgada al delito continuado, sostiene que para evitar el *non bis in idem* no es posible conocer unos hechos que integran delito continuado, para de nuevo enjuiciarse y condenarse por ese delito añadiendo otros hechos, que jurídicamente estarían refundidos en el fenómeno de la continuidad ya juzgado.

El planteamiento es equívoco; ya dijimos que cabe excederse de las previsiones penales sustantivas, con quebrantamiento del principio de legalidad o tipicidad (incurriendo en un *bis in idem*) si por el enjuiciamiento separado de los diversos delitos, que teóricamente integran una continuidad delictiva, se rebasan los límites punitivos que el legislador tiene previstos para estos supuestos.

Existiendo tal posibilidad habría que realizar matizaciones y en esta ocasión sirve de referencia el caso de L.R., que el recurrente pariguala con el que a él le afecta. Si en el caso R., ya se juzgó por delito continuado y cualificado de malversación de caudales públicos, el descubrimiento y enjuiciamiento posterior de otros hechos de esta naturaleza, susceptibles de integrarse dentro de los límites espacio-temporales de la continuidad delictiva, no tendrían ninguna repercusión o incidencia en la imposición de la pena, pues el legislador, al asignar sanción en el juicio de proporcionalidad, engloba todo el desvalor de la conducta. El segundo juicio no procedería o debería anularse, por efecto del *non bis in idem*, o mejor, vulneración del principio de legalidad, tipicidad y proporcionalidad entre el hecho cometido y las penas asignadas. Ello sin perjuicio de la restitución, por vía administrativa o contable, de los fondos públicos, cuya sustracción se descubrió después.

Pero nuestro caso es distinto.

En la causa de Segundo Marey sólo se reconoce un hecho, sin continuidad delictiva y además sin cualificación, distinto, desde la óptica del juicio de subsunción, al que se

contempla en esta causa (número 2 del art. 432 CP) y además se hallaba en concurso medial con otro delito. La pena mínima por el hecho objeto de esta causa es de cuatro años de prisión. Por el de Segundo Marey se impuso, según los atinados razonamientos de la Audiencia, una exasperación punitiva, que en el caso más favorable al recurrente, no superó un año de prisión. Y ello es así, por cuanto al formar un concurso medial de delitos, subespecie del concurso real, que nuestro Código equipara en orden a su punición al concurso ideal, ha provocado un cambio de valoración jurídica de sus componentes (delito medio necesario-delito fin), que reduce la sanción penal merced a la imposición de la pena agravada de un sólo delito, salvo que resulte más benévola para el acusado penar ambos por separado. En suma, excluyendo el enjuiciamiento de estos hechos, se privaría de vigencia a la norma penal que el legislador previó para estos casos, al neutralizar el despliegue de la virtualidad punitiva prevista.

8. Justificado procesalmente el seguimiento de dos procedimientos (podían haber sido más), es necesario recurrir, en aras a la estricta imperatividad del Derecho Penal material, a la reglas especiales para la aplicación de las penas, previstas en el Código para estos supuestos (arts. 73-79 CP).

La previsión legal limitativa de la penalidad en los casos de concurso real de delitos se halla específicamente contemplada dentro de esta normativa. Pero no ocurre lo mismo en relación al delito continuado, al no existir una específica norma que regule la situación, por lo que hemos de remitirnos al artículo 74 CP, en el que se prevé el fenómeno de la continuidad y los límites sancionatorios que el legislador ha establecido.

Ciertamente, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado invocan una doctrina jurisprudencial que impide la consideración de la continuidad, cuando los hechos que merecerían tal tratamiento conjunto se han visto en procesos diferentes (*vid.*, por todas, STS de 24 de enero de 2002), que nos dice «... la doctrina jurisprudencial uniforme y pacífica niega la posibilidad de delito continuado cuando no hay unidad de proceso y es imposible la acumulación por existir ya sentencia firme en uno de ellos...». Mas, tal doctrina debemos entenderla en el sentido de imposibilidad formal de apreciarla en un proceso en el que no se contemplan parte de los hechos; pero desde el punto de vista material, en una consideración *ex post*, se infringiría el principio de legalidad, tipicidad, prohibición de arbitrariedad, *non bis in idem*, etc., aludidos en el motivo, si no se hiciera, en trance de individualizar la pena, una consideración conjunta de todo el complejo continuado.

9. Precisamente el fracaso del motivo proviene del hecho patente de que la Audiencia Provincial ha reconocido la continuidad delictiva, lo que no deslegitima la existencia de dos procesos, dada su justificación procesal; y del mismo modo que, certeramente, se ha rechazado cualquier acumulación de ésta a otras causas, no se ha dejado de contemplar en su globalidad esa manifestación delictiva configuradora del delito continuado. Huelga ahora cualquier consideración del sentido y amplitud del término empleado por el artículo 74 CP «idéntica ocasión», pues con mayor o menor flexibilidad hermenéutica, el juzgador de origen ha reconocido la posibilidad técnica de apreciar la continuidad delictiva. El acusado se sirvió de la misma situación propiciadora de la comisión del delito, dado el cargo que ostentaba, las facultades intrínsecas de disponer que poseía y el carácter reservado de los fondos que administraba; todo ello generaba una oportunidad especial y prolongada en el tiempo (para ejecutar actos delictivos homogéneos) que puede calificarse de «idéntica ocasión».

El Tribunal salvó, con indudable rigor jurídico, cualquier exceso en la pena o duplicidad en la consideración de los individuales actos ilícitos integrantes del delito continuado, mostrando un escrupuloso respeto por el principio de proporcionalidad penal ínsito en el de legalidad y tipicidad, específicamente reconocido, a nivel teórico,

en el marco de la Unión Europea, en el artículo 49.3 de la Carta de Derechos Fundamentales, aprobado en Niza el 7 de diciembre de 2000, en el que se declaraba que «... la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción...». El límite sancionador era de ocho años, que en sopesada y razonada individualización entendió el Tribunal que se hizo merecedor el recurrente y que redujo a siete años después de un análisis ponderado y correcto de los criterios utilizados por el Tribunal sentenciador, en el caso de Segundo Marey, para fijar la pena concreta.

La facultad de señalar la cantidad de pena es función del Tribunal de instancia, habiéndolo hecho con sobrados y exhaustivos argumentos, que excluyen cualquier duplicidad o exceso en la sanción finalmente asignada al recurrente. El criterio resolutivo tiene un precedente próximo en la doctrina de esta Sala, que recoge la reciente sentencia de 20 de abril de 2004.

No existe cosa juzgada, ni se ha infringido el principio *non bis in idem*, con todas las vulneraciones accesorias de derechos de carácter constitucional que puedan implicar, aludidas en la formulación del motivo, el cual debe rechazarse.

(Sentencia de 18 de octubre de 2004)

ARTÍCULO 89 (EN REDACCIÓN DADA POR LEY ORGÁNICA 11/2003)

Necesidad de una lectura constitucional del precepto. La expulsión contemplada en el artículo 89 CP es una medida que, como todo juicio, es un concepto esencialmente individualizado que requiere de un trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión tras un juicio de proporcionalidad y ponderación en cada caso. Y desde luego, debe considerarse desproporcionado cuando el recurrente ha cumplido prácticamente la mitad de la pena; y la pena de expulsión, más que en sustitutiva, se convierte en acumulativa de aquélla

Primero.—La sentencia de 19 de noviembre de 2003 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid condenó a Agustín como autor de un delito contra la salud pública, en la modalidad de drogas que causan grave daño a la salud a la pena de tres años de prisión y multa, acordando la sustitución de la pena por expulsión del territorio nacional.

Los hechos se refieren a la venta efectuada por el condenado de una papelina de heroína.

Se ha formalizado recurso de casación por Agustín que lo desarrolla en dos motivos que tienen como común denominador impugnar la expulsión del territorio español como sustitución de la pena de prisión.

Segundo.—Estudiamos conjuntamente ambos motivos por la íntima conexión que tienen. En efecto, en el motivo primero, por la vía del *error iuris* del artículo 849.1.º LECrim denuncia como indebidamente aplicado el artículo 89.1.º del Código Penal por cuanto no se ha celebrado la preceptiva comparecencia para que el recurrente fuese oído en orden a la sustitución de la pena de prisión por la de expulsión, petición que fue hecha *ex novo* por el Ministerio Fiscal en las conclusiones definitivas, y en el motivo segundo se denuncia la vulneración de los derechos a la dignidad, seguridad jurídica y defensa como consecuencia de la acordada expulsión.

La cuestión que motiva el recurso tiene una indudable importancia desde una triple perspectiva: *a)* del número, cada vez más creciente, de personas susceptibles de que se les aplique tal medida de seguridad por aumento del número de inmigrantes ilegales, *b)* desde la afectación directa que tiene la medida de expulsión en relación a otros derechos fundamentales de las personas afectadas, con independencia de su condición de inmigrante ilegal y, finalmente, *c)* porque la regulación actual del artículo 89, en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, constituye un ejemplo del vértigo legislativo que tiene por objeto el Código Penal. En efecto, por lo que se refiere al artículo 89, podemos contabilizar tres versiones diferentes en el corto espacio de tiempo de ocho años. La primera estuvo en vigor desde la vigencia del Código Penal –Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre– hasta el 22 de enero de 2001, la segunda versión dada por la Ley Orgánica 8/2000, desde el 23 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003, y la tercera –la actualmente en vigor– dada por la Ley Orgánica 11/2003, estrenó su vigencia a partir del 1 de octubre de 2003, no siendo ocioso recordar que cada versión ha ofrecido una versión más endurecida contra los emigrantes ilegales condenados por delitos.

Centrándonos en la regulación actualmente en vigor, que es la que estaba en vigor cuando se dictó la sentencia sometida al presente control casacional –de fecha 19 de noviembre de 2003–, de ella podemos destacar, en lo que interesa al presente recurso, las siguientes notas:

a) Se produce un importante cambio en la filosofía general que inspiraba la expulsión de extranjeros ilegales por la comisión de delitos, pues lo que desde la vigencia del actual Código era una decisión discrecional que podía adoptar el Tribunal sentenciador respecto de los condenados a penas inferiores a seis años «... las penas privativas de libertad... podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional...», se convierte en una conminación legal dirigida al juzgador en el actual artículo 89.1.º «... las penas privativas de libertad... serán sustituidas...», de suerte que lo antes de la Ley Orgánica 11/2003 era una excepción frente a la regla general de cumplimiento de las penas de prisión, ahora se invierte, de modo y manera que sólo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario. No es difícil buscar la razón de tan importante giro en una filosofía puramente defensiva de devolver a sus países de origen a los que hayan cometido en España delitos dentro del marco legal previsto en el artículo, con el propósito confesado en la exposición de motivos de la Ley que se comenta, de «... evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto...», justificándose tal decisión porque la expulsión «... se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y han delinquido...». En todo caso no debe olvidarse la incidencia directa que tal medida va a tener en la población reclusa al provocar una drástica disminución del número de extranjeros en prisión.

b) Consecuencia de la imperatividad de la expulsión es que ha desaparecido del texto actual la necesidad de previa audiencia del penado de la que se derivaba la exigencia de motivación de la decisión que se adoptase. Por contra, ahora sólo se exige la motivación cuando, de forma excepcional, se estime que «la naturaleza del delito» exige y justifica el cumplimiento de la condena en prisión.

c) El período de la efectividad de la expulsión, que antes era de tres a diez años, lo que permitía una individualización temporal de la medida, ahora es, en todo caso, de diez años.

Las dudas que habían surgido antes respecto a la naturaleza de la expulsión, han quedado aclaradas ya que se está en presencia de una medida de seguridad no privativa de la libertad como lo patentiza la reforma del artículo 96 llevada a cabo —en este caso— por la Ley Orgánica 15/2003 que entrará en vigor el 1 de octubre de este año de 2004. En el párrafo 3.º, apartado segundo, se califica como medida de seguridad no privativa de la libertad la expulsión de extranjeros.

Es evidente que la normativa en vigor actualmente debe ser interpretada desde una lectura constitucional ante la realidad de la afectación que la misma puede tener para derechos fundamentales de la persona —sea o no inmigrante, ilegal o no— que están reconocidos no sólo en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución, sino en los Tratados internacionales firmados por España y que de acuerdo con el artículo 10 no sólo constituyen derecho interno aplicable, sino que tales derechos se interpretarán conforme a tales Tratados y en concreto a la jurisprudencia del TEDH en lo referente a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, y ello es tanto más exigible cuanto que, como ya se ha dicho, la filosofía de la reforma del artículo 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado. Al respecto debemos recordar que el informe del Consejo General del Poder Judicial al entonces proyecto de Ley Orgánica, ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba —y así está en la actualidad— respecto de las concretas circunstancias personales del penado para, ante ellas, acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado «... olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir... y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión...».

En efecto, un estudio de la jurisprudencia del TEDH que constituye la referencia jurisprudencial más importante en materia de derechos humanos para todos los Tribunales europeos, nos permite verificar la exigencia de un examen individualizado, con alegaciones y, en su caso, prueba, para resolver fundadamente y así:

a) La sentencia de 18 de febrero de 1991 —caso *Moustaquim vs. Bélgica*— declaró contrario al Convenio la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatarse que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el artículo 8 del Convenio no podía ceder ante exigencias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada.

b) La sentencia de 24 de enero de 1993 —caso *Boncheski vs. Francia*— se llegó a la solución contraria en base a la gravedad de los delitos que exigían un plus de protección del mismo que justificó la medida de expulsión aunque el penado llevaba dos años en Francia y estaba casado con una francesa.

c) La sentencia de 26 de abril de 1997 —caso *Mehemin vs. Francia*— consideró desproporcionada la medida dados los vínculos y arraigos en Francia —casado con francesa—, y la relativa gravedad del delito cometido —tráfico de drogas—; la reciente STEDH de 10 de abril de 2003 analiza el nivel de cumplimiento por parte del Estado francés respecto de lo acordado en aquella sentencia.

d) La sentencia de 21 de octubre de 1997 resolvió en sentido contrario y, por tanto, favorable a la expulsión dada la gravedad del delito a pesar de contar con arraigo en Francia donde vivía desde los cinco años. Idéntica es la sentencia de 19 de febrero de 1998 –*Dallia vs. Francia*– o la de 8 de diciembre de 1998.

También se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional –SSTC 99/1985, 242/1994 y 203/1997–, ciertamente con anterioridad a la actual reforma, pero exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión, con cita de la libertad de residencia y desplazamiento. Estimamos que con mayor motivo habrá de mantenerse la exigencia si se trata del derecho de familia, una de cuyas manifestaciones –tal vez la esencial– es «vivir juntos» –SSTEDH de 24 de marzo de 1988, *Olssen vs. Suecia*, 9 de junio de 1998, *Bronda vs. Italia*, entre otras–, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión.

En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.

Una vez más hay que recordar que todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión.

Esta misma Sala en la STS de 21 de enero de 2002 –anterior a la actual regulación– acordó la nulidad de la expulsión por falta de trámite de audiencia, sin perjuicio de que se reconociera, en sede teórica, que la decisión –motivada– corresponde al Tribunal sentenciador no siendo susceptible de casación como, ya antes, lo habían declarado las SSTs de 3 de marzo de 1998 y de 4 de septiembre de 2000.

Desde esta doctrina pasamos a estudiar las concretas denuncias efectuadas por el recurrente:

a) Se denuncia la omisión del trámite de audiencia, al respecto hay que decir que en este aspecto el artículo 89 introduce, o parece introducir con su silencio, una innovación al eliminar el trámite. Sin perjuicio de reconocer que como innovación procesal, tal artículo es aplicable al caso de autos pues ya estaba vigente en el momento de dictarse la sentencia, es lo cierto que la exigencia de la audiencia viene dictada, o como ya hemos dicho, por la existencia de derechos relevantes que pueden ser sacrificados o anulados con tal decisión de expulsión, por lo que es preciso en una relectura del precepto en clave constitucional como ya hemos dicho, bien que tal audiencia pueda efectuarse dentro del propio Plenario. En el presente caso se ha acordado *sic et simpliciter* tal medida solicitada por el Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas, cuando ya se habían concluido los debates, restando sólo el derecho a la última palabra, que obviamente no satisface las exigencias de tutela de los valores de la familia y el derecho a elegir residencia, en consecuencia ya podemos anticipar que el recurso formalizado va a prosperar con consiguiente eliminación de la medida de expulsión acordada. Las demás denuncias son consecuencia de la decisión tan automática como infundada, que se adoptó en una aplicación literal del artículo 89.1.º

b) Se denuncia lo sorpresivo de la petición del Ministerio Fiscal efectuada en el trámite de conclusiones definitivas. Lo usual será que tal petición se efectúe en las conclusiones provisionales, lo que permite conocer *ex ante* y temporáneamente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se estimen procedentes por la parte afectada. En el presente caso tal momento supuso, de hecho, una indefensión con trascendencia en la quiebra de la protección de derechos fundamentales como el de defensa, causante de indefensión y protección a la familia –art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 del Convenio Europeo y art. 39 de la Constitución.

c) Se denuncia la desproporción de la medida porque el recurrente fue condenado a tres años de prisión y ya ha cumplido, prácticamente, casi la mitad de la pena, con lo que la medida de expulsión, en este caso, no sería sustitutoria de la pena sino acumulativa de ésta. Tampoco le falta razón al recurrente.

d) Finalmente se denuncia el arraigo del penado en España, se dice en el motivo que reside en España desde hace diecisiete años, tiene constituida familia desde hace años, existiendo dos hijos menores nacidos en España que tiene bajo su patria potestad. No nos corresponde indagar sobre la veracidad y acreditación de tales afirmaciones, sólo verificar que la expulsión se ha acordado de forma automática, inmotivada, inaudita parte y sin efectuar el imprescindible juicio de proporcionalidad y ponderación, ciertamente de conformidad con la literalidad del artículo 89, que como ya hemos dicho es preciso integrar desde la perspectiva constitucional más amplia como ya se ha razonado.

En tales casos, como ya hemos adelantado procede estimar no ajustada a derecho la decisión de expulsión, lo que se traduce en eliminar del fallo de la sentencia la orden de expulsión, dejando intacto el resto de los pronunciamientos.

Procede la estimación del recurso.

(Sentencia de 8 de julio de 2004)

ARTÍCULO 127

El testaferra no tiene la condición de adquirente de buena fe a que se refiere el artículo 127 ni la cualidad de responsable civil subsidiario de los artículos 121 y 122

Noveno.–El octavo de los motivos se articula por infracción de preceptos constitucionales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ, entendiendo vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a un proceso contradictorio con las debidas garantías, consagrados en el artículo 24.1 de la Constitución, todo ello por haberse acordado, en base al artículo 127 del Código Penal, el comiso de dos fincas pertenecientes a E.E. y su esposa, que no han sido parte en el presente procedimiento.

1. De ser ciertos los presupuestos a partir de los cuales construye la argumentación del motivo, el recurrente carecería de legitimación para representar los intereses de quienes dicen haber sufrido perjuicio por la medida acordada, y más, cuando son parte en esta instancia procesal.

Por otro lado, presumir legítimos propietarios a sus suegros, es contradecir, sin base alguna, los argumentos de la sentencia que, en su motivo decimonoveno, razona detalladamente que las fincas, cuya titularidad registral aparece a nombre de los parientes de su esposa, es simple apariencia, habiendo actuado E. como mero mandatario del recurrente.

La sentencia combatida aplica la teoría del levantamiento del velo y prescindiendo del ropaje jurídico en la forma de adquisición trasciende de la realidad jurídica aparente a la real, declarando y poniendo al descubierto la verdadera situación en aras a la realización de la justicia material, en su dimensión patrimonial.

2. Sin perjuicio de insistir en la presente protesta al analizar el recurso de E. y M., no es de más adelantar que éstos no se hallan en la situación de los artículos 121 y 122 del CP (responsables civiles subsidiarios) y mucho menos en la del 127 CP, dados los términos contundentes de la sentencia que considera al suegro del recurrente como testafiero y, por ello, su posición ante los inmuebles no merece el calificativo de «tercero de buena fe, que los haya adquirido legalmente».

El comiso, como consecuencia accesoria del delito, se ha decretado por entender que los bienes pertenecían a R.V., y que los adquirió con dinero proveniente de un delito (efectos del delito); de ahí, que cualquiera que sean las transformaciones que experimenten (entre ellas la creación de una titularidad ficticia) no deben impedir su caída en comiso.

3. Tampoco puede afirmarse que E. haya estado ausente del proceso pues, como tendremos ocasión de examinar en el motivo décimo de este mismo recurrente —y en el que los propios interesados (E. y M.) han formalizado en su propio nombre— fueron debidamente citados al proceso, dando cumplimiento a la petición del Ministerio Fiscal. El Juzgado en un principio intentó la citación personal, y ante su dificultad o imposibilidad, lo hizo a través de sus hijos que tenían representación de aquél. Si no intervino como parte en la instancia fue debido a su exclusiva voluntad.

El motivo debe rechazarse.

Décimo.—Resulta oportuno alterar el orden resolutivo y analizar, antes del noveno, el motivo décimo, por hallarse íntimamente relacionado con la pretensión impugnativa a que acabamos de dar respuesta.

El décimo motivo se formaliza por quebrantamiento de forma, a tenor del artículo 850.2 LECrim, al haberse omitido la citación de E.E. y su esposa A.M. en concepto de responsables civiles subsidiarios, dada su condición de propietarios de los bienes inmuebles cuyo comiso ha sido acordado por la sentencia que se recurre.

1. Ya anticipamos la improsperabilidad del motivo.

Desde el punto de vista formal el sustento procesal de la protesta se halla en la falta de citación del responsable civil subsidiario para su comparecencia al acto del juicio oral, según establece el precepto procesal invocado como cauce.

Recordemos que los suegros del acusado no eran terceros de buena fe (art. 127 CP), ni terceros civiles responsables (arts. 121 y 122 CP), por lo que, por esta sola razón procesal, el motivo debía decaer.

Sin embargo, como insistiremos en el correspondiente motivo articulado por los propios interesados, su caracterización legal, no bien precisada, no debe impedir la posibilidad de atribuirles, con carácter analógico, una conceptualización similar o próxima al del responsable civil subsidiario, con la aplicación, en la medida de lo posible, del artículo 615 LECrim, reputándolos terceros afectados civilmente.

2. El Ministerio Fiscal, al evacuar el trámite de calificaciones provisionales ante el Juzgado instructor interesó en su primer otrosí: «que de conformidad con lo establecido en los artículos 615 y ss. LECrim, se garantizase cautelarmente la efectividad de la responsabilidad civil en relación a los bienes que figuran bajo titularidad de E.E., debiendo darse traslado a éste del presente escrito de calificación, así como notificarle el auto que se dicte, de modo que pueda en lo sucesivo intervenir en el juicio en defensa de sus intereses».

El ofrecimiento citado se efectuó en consonancia con la petición fiscal, intentando primero citar y emplazar al interesado, y después, conocida su grave enfermedad (en la actualidad ha fallecido), se hizo la notificación a sus hijos que ostentaban un poder general, quedando, de este modo, enterados de su derecho, pero sin que interviniesen en la causa constituyéndose en partes. Es más tarde, una vez les fue notificada la sentencia de instancia, cuando articulan recurso de casación. Ninguna posibilidad procesal defensiva les fue sustraída. Realmente no quisieron utilizarla.

El motivo no puede prosperar.

[...]

Trigésimo primero. El tercero de los que esgrimen, lo hacen por la vía del artículo 5.4 LOPJ., y se alega vulneración del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías, así como a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), todo ello en relación con la indebida aplicación del artículo 127 del CP.

1. Se dice por los impugnantes que se decretó el comiso de «sus bienes» sin haber podido ejercitar el derecho de defensa para justificar la compra de los mismos con sus propios medios, calificándolos la sentencia de la Audiencia como testaferos, con la consiguiente vulneración de los derechos citados.

Reconocen los recurrentes que todos los motivos que vienen invocando tienen un denominador común y deben ser entendidos como un todo, en cuanto es difícil separar el haber sido parte, el derecho de defensa y el consiguiente comiso de las propiedades que entienden les pertenecen.

2. En realidad se vuelve insistir sobre cuestiones ya analizadas en los precedentes motivos.

Es cierto que la especial situación de afectado civil, en la declaración de comiso, puede aproximarle jurídicamente al responsable civil subsidiario al objeto de brindarle similares medios defensivos, y así lo ha manifestado esta Sala, como proclama la sentencia de 20 de enero de 1997, todo ello, en evitación de indefensiones, cuando el comiso aparezca en la causa como de previsible imposición.

No obstante, la falta de efectiva personación se debió a la libérrima decisión de los recurrentes que, a pesar de emplazarles, dándoles traslado de la calificación del Fiscal, se personaron en la causa los hijos apoderados para afirmar que nada tenían que alegar ellos o su poderdante, este último en su calidad de representante de la sociedad de gananciales y autor de la formal adquisición.

En atención a lo expuesto, podemos afirmar que el derecho no puede amparar actitudes personales de aquietamiento procesal cuando dicha inactividad es fruto exclusivo de la voluntad de no ejercitar su derecho de defensa cuando puede hacerlo.

3. Pretenden, por otro lado, ampararse en el artículo 127 del CP, que regula el comiso con el carácter de consecuencia accesoria.

El Tribunal, en su sentencia, ha traslucido la convicción jurídica de que los bienes a nombre de los recurrentes fueron adquiridos con el producto del dinero sustraído por el acusado R.V. Respecto a él y como responsable criminal del delito se decreta el comiso, que sólo se detiene ante la titularidad efectiva y material de los bienes por parte de una tercera persona adquirente de buena fe, esto es, totalmente ajena al proceso.

Mas, el Tribunal, ni consideró a los recurrentes responsables civiles subsidiarios, ni terceros de buena fe, ni propietarios reales de las fincas. Para ello, el Tribunal dispuso de prueba sobrada. Fue oído en la fase de investigación del proceso E. y su hija, que dada la avanzada edad de sus padres declaró lo que le fue preguntado respecto a los mismos; se examinaron las posibilidades económicas de los recurrentes, comparándolas con las declaraciones del impuesto sobre el patrimonio y con las posibles fuentes de ingresos de V. y se llegó a la fundada convicción de que los recurrentes eran simples testaferos y

que sus titulaciones registrales constituyan una mera transformación del producto de un delito, cuyo responsable fue condenado y, como consecuencia de ello, se decretó el comiso de las fincas representativas del dinero sustraído al Estado.

El artículo 127 CP no fue infringido, por lo que el motivo debe decaer.

(Sentencia de 18 de octubre de 2004)

ARTÍCULO 130.3

La gracia de indulto, a diferencia de la amnistía, recae exclusivamente sobre la pena y no sobre el delito. La anulación de la sentencia cuya pena se indultó, deja a éste sin efecto. Además, si pese a haber sido indultado, se recurre en amparo, no desistiendo de dicho recurso, la situación ahora producida la propició el propio recurrente que no puede ahora ir contra dicho acto propio ni argumentar en tal sentido

Primero.—El inicial motivo se ampara en el artículo 849.1.º de la LECrim por vulneración del artículo 130.3.º del Código Penal en cuanto declara extinguida la responsabilidad criminal a través de la figura del indulto. A ello se añade otras vías de impugnación como son la de que ya ha cumplido las penas de inhabilitación que le han sido impuestas y también se solicita que, en base al artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento, se admita dentro de este recurso a trámite la querrela contra los miembros del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que dictaron la sentencia recurrida. A ello se añade la pretensión de que no debió ser enjuiciado por el caso denominado de «Las Llamas».

Examinaremos brevemente por separado estas cuestiones.

A) Indulto. Es cierto que por sentencia de fecha 24 de octubre de 1994 fue condenado el ahora recurrente a la pena de seis años y un día de prisión mayor como autor responsable de un delito de malversación de caudales públicos y que de dicha pena privativa de libertad fue indultado por el Gobierno. Pero es cierto también que la referida sentencia (al igual que la confirmatoria de este Tribunal Supremo) fue anulada por otra del Tribunal Constitucional en la que se ordenó retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al juicio oral para que se dictase otra nueva, como así se hizo por medio de la que ahora es objeto de recurso, volviéndosele a condenar por dicho delito a la pena de tres años de prisión y a la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis años.

Pues bien, el recurrente pretende que se le exima de la pena privativa de libertad por haber sido indultado con anterioridad pero con evidente olvido de que la gracia del indulto, a diferencia de lo que ocurre con la amnistía, recae exclusivamente sobre la pena y no sobre el delito, de tal manera que si la pena objeto del indulto se dejó sin efecto por haberse anulado la sentencia que la acordó, el indulto que de ella trae causa deviene ineficaz por inexistente. A ello puede añadirse que esa situación de ineficacia fue provocada por el propio interesado al entablar el recurso de amparo y no desistir de él después de haber sido indultado, acto propio contra el cual ahora no puede ir ni argumentar con posibilidad impugnatoria.

(Sentencia de 31 de marzo de 2004)

ARTÍCULO 138

Dolo eventual en homicidio causado por cuatro jóvenes que agreden mediante golpes a la víctima

Tercero.—En el motivo primero del recurso, por la vía del número 1 del artículo 849 de la LECrim, se denuncia la inaplicación del artículo 407 del anterior Código Penal, en el que decía que el que matare a otro sería castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor.

Esta vía de impugnación exige un absoluto respeto a los hechos que en la sentencia se declaran probados y que en este caso, respecto a la conducta nuclear de los cuatro procesados, son los siguientes:

Sobre las dieciséis cuarenta y cinco horas del día 15 de julio de 1995 Juan Enrique, Ramón, Gabriel y José Ramón, de veinte años de edad el primero, de diecinueve el segundo y de dieciocho los dos últimos, encontrándose en la localidad de Picassent, donde se celebraban las fiestas patronales, por motivos no acreditados, puestos de común acuerdo, se dirigieron a Valentín, quien también se encontraba en el lugar, igualmente afectado por el consumo de alcohol, y comenzaron a golpearlo, pegándole puñetazos, derribándolo Juan Enrique de una fuerte patada a la altura del pecho, haciéndolo caer sobre el suelo de la calle, lejos del bordillo de la acera, donde continuaron Juan Enrique, Ramón, Gabriel y José Ramón dándole al menos dos o tres patadas en la cabeza, quedando Valentín inmóvil, siendo socorrido por varios de los allí presentes, y llevado al Centro de Salud de Picassent, para ser posteriormente trasladado en ambulancia al Hospital General Universitario de Valencia, donde se le diagnosticó un hematoma subdural que le ocasionó la muerte nueve días después.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia rechaza la calificación principal del Ministerio Fiscal y única de la acusación particular de homicidio doloso por entender —fundamento de Derecho primero— que las circunstancias concurrentes —relaciones anteriores entre los acusados y la víctima, motivos que provocaron la agresión, circunstancias de tiempo y lugar en que ésta se produce, manifestaciones de los acusados, ausencia de armas, número e intensidad de los golpes, zona del cuerpo afectada...— eliminan el ánimo homicida.

Que ni siquiera se estima a título de dolo eventual, «pues nada indica que los acusados se pudieran representar como probable que, golpeando a Valentín, le fueran a matar o pudiera llegar a morir, y aún así le agredieran».

Aceptamos que efectivamente en los procesados no concurría dolo directo, entendiéndolo por tal aquél en el que las consecuencias de la acción, además de conocidas por el sujeto activo, constituyen la meta del autor, siendo queridas por éste como consecuencia principal de su conducta.

Pero la argumentación por la que se desecha la existencia de dolo eventual es claramente insuficiente.

Como recuerda la sentencia de 19 de abril de 2004, el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca, caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o de la representación; frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo —asentimiento, aceptación, conformidad— el signo de distinción respecto a la culpa consciente.

De acuerdo con estas posiciones podemos afirmar que existirá dolo eventual cuando el sujeto activo, conociendo que su acción puede producir la muerte del agredido de forma no improbable, no se ve impulsado por ello a cesar en su conducta.

En este caso, según la narración fáctica contenida en la sentencia de instancia:

- Cuatro jóvenes, con edades comprendidas entre los dieciocho y los veinte años, puestos de acuerdo, se dirigen contra Valentín, que estaba afectado por el consumo de alcohol, y comienzan a golpearlo, pegándole puñetazos.
- Uno de ellos, Juan Enrique, da una fuerte patada en el pecho a Federico, haciéndole caer sobre el suelo de la calle, lejos del bordillo de la acera.
- Los cuatro jóvenes continúan golpeando a Federico ya caído, dándole al menos dos o tres patadas en la cabeza.

Asistido Federico primero en el Centro de Salud de Picassent y luego en el Hospital General Universitario de Valencia, se le diagnostica un hematoma subdural que le ocasionó la muerte nueve días después.

En el juicio oral declararon los Médicos Forenses don Gregorio y doña Rocío y el neurocirujano don Víctor, los que, ratificando sus informes, manifestaron:

- Que el hematoma subdural, sangre venosa que afecta directamente al encéfalo, es de evidente gravedad.
- Que dicho hematoma pudo ser causado: 1. Por la caída contra el suelo. 2. Por un golpe fuerte en región occipital. 3. Por varios golpes o patadas aunque no fueran tan fuertes. 4. Por la acción conjunta de un gran golpe y varias patadas.
- Que habiéndose realizado la autopsia a los nueve días de la agresión, otras posibles hemorragias pudieron resolverse con anterioridad.

Estamos ante una situación distinta y más grave de aquélla en la que un simple empujón origina una caída del sujeto pasivo que al golpearse fuertemente en la cabeza, por ejemplo, con el bordillo de una acera, sufre lesiones craneales que le producen la muerte. O en la que una pequeña agresión a una persona que, por sus anteriores enfermedades, ve complicada su normal curación, llegando a la muerte. Casos en los que la imprudencia grave encuentra normal acomodo.

En ese caso se trata de una agresión de cuatro contra uno, de especial violencia –fuerte patada en el pecho–, persistente en el tiempo –patadas posteriores a la caída.

Datos que nos permiten afirmar que los procesados conocían que el resultado de su acción podía conducir de forma no improbable a la producción de graves lesiones cerebrales que llegaran a causar la muerte del agredido, a pesar de lo cual realizaron esa violenta conducta.

Estamos pues ante la muerte de una persona causada por los cuatro acusados puestos de acuerdo con la conciencia y voluntad explicada, lo que lleva a entender que efectivamente el artículo 407 del Código Penal anterior, que sancionaba esa conducta como constitutiva de un delito de homicidio, ha sido indebidamente inaplicado, y a la estimación del motivo primero del recurso de la acusación particular.

(Sentencia de 2 de julio de 2004)

ARTÍCULO 139

Asesinato cometido con dolo eventual de mujer que abandona a recién nacido en contenedor de basura: compatibilidad de la alevosía con la exigente incompleta de trastorno mental

Primero.–La sentencia de 5 de julio de 2002 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza condenó a Lucía como autora de un delito de asesinato en

grado de tentativa, a la pena de cinco años de prisión con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos se refieren a que Lucía sobre las ocho treinta horas del día 22 de octubre dio a luz, en su casa, a un hijo fruto de una relación extramatrimonial. Nadie, ni su marido con quien convivía, pero haciendo vida en cuartos separados lo sabía. Nacida la niña, la envolvió en una toalla y la sacó a la calle en un carro de compra; como en un momento se pusiera a llorar, la introdujo en el interior de un contenedor de basura, cerrándolo siguientemente. La niña fue descubierta sobre las diez treinta horas cuando un trabajador arrojó una bolsa de basura al interior, apercibiéndose del recién nacido que había en su interior y que lloraba; el niño fue recogido y trasladado a un hospital.

Se ha formalizado recurso de casación por la representación de la condenada a través de cuatro motivos.

[...]

Tercero.—El motivo segundo, por la vía del *error iuris* del número 1 del artículo 849 LECrim. declara indebida la aplicación del delito de asesinato.

En la argumentación estaría como incompatible la existencia de un dolo eventual con el *animus necandi* propio del asesinato aunque sea en grado de tentativa.

El motivo se sustenta en una pretendida incompatibilidad que no existe. La construcción del dolo eventual o de segundo grado se debe a la doctrina científica y se refiere a aquellos supuestos en los que el agente no quiere directamente el resultado, sin embargo realiza los actos que deberían tener por finalidad aquél de forma voluntaria y consciente, sin que le importe la realidad de su producción con una alta probabilidad (teoría de la representación) o aprobando en última instancia que aquél se produzca (teoría del asentimiento). En todo caso, es lo cierto que tal clasificación carece de relevancia en sede legal, lo que no quiere decir que puede tener reflejo en la fase de individualización judicial de la pena, ya que si la culpabilidad debe ser el baremo que mida la pena, es claro que, si bien el dolo eventual no puede suponer una causa genérica de disminución de la pena vía atenuante, no es lo menos, que dentro de los parámetros a que se refiere el artículo 66 del Código Penal puede, debe tener su reflejo en la fijación de la pena concreta a imponer como exigencia del deber de proporcionalidad.

No puede discutirse con rigor la existencia de un *animus necandi* en el contexto de un dolo eventual, de quien, como la recurrente, deja un recién nacido de un par de horas —nació a las ocho treinta horas y fue encontrado a las diez treinta horas— en el interior de un contenedor de basura y luego marcha a su casa haciendo vida normal.

También se cuestiona la calificación de asesinato, por la concurrencia de la alevosía en relación con el dolo eventual.

No hay tal incompatibilidad. Que la recurrente no tuviera un dolo directo de matar a su hija, aunque sí efectuó todos los actos que normalmente producirían tal resultado, que en definitiva le fue indiferente, aceptando la realidad de su producción, nada tiene que ver con el juego de la agravante de alevosía que de forma unánime y desde los primeros tiempos de la jurisprudencia de esta Sala se ha estimado concurrente en la muerte de un recién nacido. No hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima —aseguramiento de la ejecución— y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados.

Las SSTs de 20 de diciembre de 1993, de 21 de enero de 1997, de 24 de mayo de 1994 y de 4 de junio de 2001 van en esta dirección, aunque justo es consignar que también se contabilizan sentencias de esta Sala en sentido adverso pero no tan recientes: SSTs de 5 de diciembre de 1995, de 15 de marzo de 1996 y de 11 de junio de 1997, entre otras.

Procede la desestimación del motivo.

Cuarto.—El motivo tercero es coincidente con el anterior en la medida que vuelve a cuestionar la incompatibilidad de la alevosía con el trastorno mental que presentaba la acusada.

Con independencia de que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado expresamente compatible la alevosía con la eximente incompleta de enajenación o trastorno mental transitorio —SSTS de 20 de febrero de 2002 y de 10 de febrero de 2003 entre las más recientes—, el motivo incurre en motivo de inadmisión en la medida que no respeta los hechos probados, pues en ellos no se recoge la existencia de eximente incompleta alguna o trastorno mental transitorio de la recurrente.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 2 de febrero de 2004)

Agresor sexual que tapona las vías respiratorias de la víctima aunque sin intención directa de causar la muerte y que avisa a los vecinos al detectar su parada cardiorrespiratoria. Aunque no se persiga intencionalmente un determinado resultado, se actúa dolosamente cuando se conoce que la utilización de unos concretos medios son potencialmente capaces de producir dicho resultado. A estos efectos, el concepto normativo de dolo es suficiente, cuando se conoce que la conducta que se realiza pone en concreto riesgo el bien jurídico protegido

Preliminar.—La sentencia impugnada condena al acusado por un delito de agresión sexual y otro de homicidio por imprudencia grave, al tiempo que le absuelve del delito de asesinato. La impugnación es articulada por el Ministerio Fiscal, la acusación particular y la defensa. Las acusaciones impugnan la absolución por el delito de asesinato y, subsidiariamente, entienden que la calificación procedente es la de homicidio doloso. La defensa del condenado opone una impugnación por quebrantamiento de forma, vulneración del derecho a la presunción de inocencia y error de derecho en la valoración de la prueba.

En síntesis el relato fáctico refiere que el acusado vivía con su compañera sentimental desde dos meses antes del hecho enjuiciado. Con ocasión de que ésta se desplazara a una boda, el acusado se quedó en la casa al cuidado del hijo de aquella, que contaba con dos años y diez meses de edad. Aprovechando la soledad y el desvalimiento del niño y para satisfacer sus deseos sexuales «introdujo por el ano de manera repetitiva su pene o algún objeto», describiendo las lesiones producidas. Al tiempo de la anterior acción se relata que el acusado «ejerció sobre el abdomen del menor una fortísima presión, mantenida en el tiempo y le tapó las vías respiratorias aéreas», ignorándose la forma de su realización, si de manera total o parcial, durante mucho o poco tiempo y de manera continuada o intermitente, causándole lesiones, que se describen que produjeron su fallecimiento. Se relata que el acusado avisó a las vecinas cuando se produjo la parada respiratoria, las cuales avisaron a los servicios médicos, que no pudieron evitar su fallecimiento.

Recurso del Ministerio Fiscal y de la acusación particular

Primero.—Analizamos conjuntamente las impugnaciones del Ministerio Fiscal y la acusación particular, coincidentes en su pretensión revisora de la sentencia.

En el primer motivo denuncian la inaplicación al hecho probado del artículo 139.1 del Código Penal y consiguiente aplicación indebida del artículo 142. Entienden que la subsunción procedente de los hechos ha de realizarse en el delito de asesinato y no en la imprudencia por la que ha sido condenado. En un segundo motivo, el Ministerio Fiscal, de forma subsidiaria, denuncia la inaplicación del artículo 138, el delito doloso de homicidio y la acusación particular la agravación de ensañamiento.

Los motivos parten del respeto al hecho declarado probado, que se da por reproducido. Tan sólo destacar respecto a la sintética reproducción del relato fáctico del fundamento preliminar, que en el relato fáctico, en el particular referido a la muerte del menor, se declara que el acusado «ejerció sobre el abdomen una fortísima presión, mantenida en el tiempo, y le tapó las vías respiratorias aéreas...» y que la muerte del menor se produjo por «un fracaso multiorgánico que tuvo una doble etiología, por una parte, un edema cerebral difuso derivado de una anoxia cerebral provocada por la sofocación de las vías aéreas y, por otra, una isquemia intestinal derivada de un cuadro abdominal agudo provocado por un aplastamiento violento, energético, continuado y mantenido en el tiempo».

Se añade en la fundamentación de la sentencia, con evidente eficacia fáctica, que estas lesiones determinantes de la muerte «no son producto ni de hechos casuales de días anteriores, ni de patologías precedentes, ni de caídas fortuitas... sino manifestación palmaria e inequívoca de un comportamiento agresivo, como se infiere de su carácter múltiple, diseminado, afectante a distintas partes del cuerpo, todas ellas consistentes en hematomas, contusiones... El carácter traumático y doloso de las lesiones queda entonces fuera de toda sospecha».

Sin embargo, pese a la expresión del dolo en la narración fáctica de la conducta del acusado y de la causalidad, de la que expresa no tener duda, entre esa acción y el resultado, subsume los hechos en la muerte por imprudencia del artículo 142 CP porque «ese doble actuar del acusado, de taponamiento de vías respiratorias aéreas... y de compresión violenta del abdomen, no puede menos que ser catalogado de improvisación en grado sumo y carente de la mínima cautela o precaución, haciéndose entonces merecedor de ser tildado sin ninguna duda de imprudencia grave», añadiendo que el acusado no tenía intención de matar. Esta última afirmación la apoya, sobre todo, en la conducta del acusado, quien pidió ayuda a los vecinos al entrar el niño en parada cardiorrespiratoria.

Hay una cierta incongruencia en el razonamiento de la sentencia impugnada. No cabe afirmar, de una parte, que el acusado taponó las vías respiratorias y ejerció una presión violenta en el abdomen del menor y que estos hechos son, sin duda, dolosos y capaces de producir el resultado de muerte, y de otro que la muerte se produjo por improvisación del autor y carente de la más mínima cautela o prevención. En otras palabras, en la expresión fundamentadora de la sentencia, la muerte se produjo por la omisión del deber de cuidado por quien voluntariamente utiliza un medio apto para matar. El argumento, por ilógico, ha de ser rechazado.

El dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado, o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al

conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditado la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado. Al declarar probado que «ejerció sobre el abdomen una fortísima presión» y que «le tapó las vías aéreas», que provocaron un edema cerebral difuso consecuencia de ambas acciones causales a la muerte, está declarando que el acusado realizó su decisión de emplear medios capaces de producir la muerte. Aunque no la persiguiera intencionalmente, conocía que utilizaba unos medios potencialmente capaces de producir la muerte y los actuó. Consecuentemente, que se produciría la muerte.

Desde una argumentación del dolo basada en la voluntad, el elemento subjetivo del delito doloso de homicidio concurre en el hecho probado pues, indudablemente, el autor se representa la posibilidad de que su acción produzca la muerte y persiste en la acción. Se trata de un niño pequeño a quien se taponan las vías respiratorias y se aplasta el abdomen produciendo un fracaso multiorgánico y la muerte.

Ahora bien descansar sobre la voluntad la existencia del dolo puede incorporar dificultades, como las que plantea la sentencia equiparando voluntad y deseo, cuando el autor pese a actuar unos medios que producen la muerte no quiere directamente el resultado muerte. En la situación fáctica de la sentencia impugnada se afirma, de forma tajante, el empleo intencional de medios capaces de producir la muerte pero el dolo no se declara concurrente porque no está acreditado que el acusado tuviera intención, afirmación que basa en el hecho de que avisara a vecinos cuando detectó la parada cardiorrespiratoria del menor.

Estas dificultades en la explicación, junto a las derivadas de la acreditación del elemento subjetivo que es necesario inferirlo del dolo, ha propiciado un concepto normativo del dolo que esta Sala ha utilizado desde la Sentencia de la colza (STS de 23 de abril de 1992), basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto riesgo el bien jurídico protegido.

El dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, vida. Desde esta perspectiva resulta patente que el hecho de taponar las vías aéreas y presionar con fuerza el abdomen, en la forma detallada en el hecho probado y sobre un menor de tres años de edad, evidencia el conocimiento de la situación generadora de un peligro concreto para la vida y, desde ese conocimiento del peligro generado, se ha actuado.

En el relato fáctico la muerte del pequeño, de menos de tres años de edad, no se produjo por una omisión del deber objetivo de cuidado ni de una falta de previsión, sino como consecuencia de una decisión voluntaria en el empleo de medios capaces de producir la muerte y así lo expresa el hecho probado cuando afirma que ejerció una fortísima presión sobre el abdomen y taponó las vías respiratorias, con tal intensidad que, además de producir las lesiones externas que se describen en el hecho, produjeron la muerte. La muerte es consecuencia, desde el plano subjetivo, de la situación de peligro concreto en la que se colocó al bien jurídico.

Consecuentemente, el motivo debe ser estimado, declarando un error en la subsunción consistente en aplicar indebidamente el delito de muerte por imprudencia e inaplicar el delito de asesinato.

La muerte dolosa, conforme hemos señalado, se califica de asesinato al concurrir la alevosía en la producción de la muerte. Los medios empleados para la producción del resultado, taponamiento de vías aéreas y aplastamiento del abdomen sobre un menor de tres años se realiza sobre una persona absolutamente desvalida con incapacidad absoluta de defenderse ante una agresión como la que se declara probada. Pero, además, de esta situación objetiva de desvalimiento que justifica la aplicación de la

alevosía de acuerdo a múltiples antecedentes jurisprudenciales, el acusado actúa tapando las vías aéreas del niño con la finalidad de impedir que los gritos y llantos propiciaran una reacción defensiva de terceras personas, empleando un medio comisivo que asegura el resultado impidiendo la defensa del menor, no sólo por la situación objetiva de desvalimiento, o de terceras personas que pudieran impedir la muerte. Los medios empleados aseguran la producción del resultado e impiden la defensa.

Desde el relato fáctico la subsunción en el ensañamiento, que postula la acusación particular, no es posible, al no describirse en el hecho probado los presupuestos de la agravación, concretamente la utilización de medios que evidencian un sufrimiento de la víctima buscado de propósito.

Consecuentemente, los motivos interpuestos por la acusación en los que insta la subsunción en el delito de asesinato, homicidio alevoso, son estimados, procediendo imponer la pena de quince años de prisión.

(Sentencia de 16 de junio de 2004)

ARTÍCULO 142

Se castiga como homicidio y lesiones imprudentes y no como delito medioambiental el fallecimiento de una persona y las lesiones de otras, a consecuencia de la puesta en marcha de una fábrica de producción de ácido sulfúrico, tras una avería, y sin cerciorarse de las condiciones ambientales, que por estar bajo la influencia de una inversión térmica que reducía significativamente la dispersión de contaminantes, produjo gravísimas afecciones en los vecinos que sufrían patologías respiratorias. Imputación del resultado como delito imprudente: teoría del incremento del riesgo

Primero.—En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

Se argumenta en defensa del motivo que ha sido condenado sin que se haya acreditado una emisión contaminante prohibida, sin que se haya probado que la supuesta emisión de Rontealde ha podido contribuir de manera decisiva a que los niveles sobrepasaran el umbral de afectación a la salud de los habitantes de Baracaldo, sin que se haya acreditado tampoco, más allá de toda duda razonable, una relación causal entre la supuesta emisión de «Rontealde, S. A.» y los resultados típicos del delito de homicidio y del delito de lesiones por los que se condena y, finalmente, sin que se haya llegado a probar que la ejecución de la acción de preavisar a la oficina de medio ambiente del Gobierno Vasco antes del arranque, preaviso que no se produjo y cuya omisión se reprocha al recurrente, pese a que según el organigrama de cargos y funciones no le correspondía efectuarlo, hubiera evitado los resultados lesivos que se atribuyen al arranque de «Rontealde, S. A.».

El motivo no puede prosperar.

El Tribunal de instancia, en un detenido examen de la prueba practicada, explica, en el primero de sus fundamentos jurídicos, los elementos de convicción que ha tenido en cuenta para redactar los hechos que se declaran probados y en los que se sustentan la condena al ahora recurrente, y viene a dar correcta respuesta, con cum-

plido acatamiento a las reglas de la lógica y de la experiencia, a todos los cuestionamientos de prueba que se hacen en defensa del presente motivo.

Así, se refleja que la avería que determinó el paro y la posterior arrancada de la producción está descrita en el informe remitido por la propia empresa, en el fax que suscribe el Ingeniero Jefe de Industria del Ayuntamiento de Baracaldo, relativo a dicha parada y en el informe del Perito judicial, mencionándose los folios en los que están incorporados, así como las declaraciones de los propios acusados.

Se alega que ha sido condenado sin que se haya acreditado una emisión contaminante prohibida, y ese argumento debe ser rechazado, ya que si lo que se pretende decir es que no está acreditado que se hubiese superado la emisión de contaminantes en las cifras que se contienen en el Real Decreto 833/1975, mencionado en la sentencia recurrida, que sería el elemento normativo del delito contra el medio ambiente, es de recordar que el Tribunal de instancia rechaza precisamente la existencia de esa figura delictiva solicitada por las partes acusadoras al no resultar acreditado que se hubieran superado, con grave perjuicio de la atmósfera, los límites autorizados, por lo que evidentemente la condena que ahora se rechaza no se sustenta en una emisión excesiva de contaminantes a la atmósfera por la producción de ácido sulfúrico que supere esos límites, sino por el hecho de que se produjo la arrancada de la producción, con la correspondiente emisión contaminante, sin tener en cuenta que existía en la zona un fenómeno complejo de inversión térmica que restringía la dispersión de contaminantes potenciado por la baja velocidad del viento, cuando debería haberse consultado, de acuerdo con el decreto que aprobaba la licencia de apertura, con la Viceconsejería del Medio Ambiente del Gobierno Vasco, sobre las condiciones meteorológicas y previsión en las próximas veinticuatro horas, antes de proceder de nuevo al arranque de la producción, y eso no se hizo.

Y estos extremos sí que están acreditados, así sucede con el fenómeno de la inversión térmica que se daba en la zona, documentado en actas de la Junta de Calidad del Aire, informe de medio ambiente del Gobierno Vasco, así como los informes periciales obrantes en la causa, como se recoge en la sentencia de instancia; y está igualmente unido el Decreto que aprobaba la licencia de apertura, y asimismo consta, por los informes emitidos y testimonios depuestos, como se reconoce por los propios acusados, que esa consulta no se produjo sino con posterioridad a que se produjera el arranque de la producción.

La cuestionada afectación a la salud de los habitantes de Baracaldo queda igualmente acreditada en las actuaciones, siendo bien expresivas las declaraciones sobre las llamadas recibidas en la fábrica procedentes de la Policía Municipal ante las quejas y molestias de los vecinos en las vías respiratorias, hasta que en una de las llamadas se ordenó la parada de la planta y ante la insistencia el recurrente dio la orden de parar alrededor de las ocho cincuenta horas de ese día. La existencia de lesiones y un fallecimiento estén perfectamente acreditados por las declaraciones de los afectados, de otras personas en el caso del fallecido y los informes médicos, como igualmente consta acreditado que esas afectaciones remitieron una vez se hubo parado la planta.

Se afirma, por último, en defensa de este primer motivo, que no se ha acreditado, más allá de toda duda razonable, una relación causal entre la supuesta emisión de «Rontalde, S. A.» y los resultados típicos del delito de homicidio y del delito de lesiones por los que se condena y, finalmente, sin que se haya llegado a probar que la ejecución de la acción de preavisar a la oficina de medio ambiente del Gobierno Vasco antes del arranque, preaviso que no se produjo y cuya omisión se reprocha al recurrente, pese a que según el organigrama de cargos y funciones no le correspondía efectuarlo, hubiera evitado los resultados lesivos que se atribuyen al arranque de «Rontalde, S. A.».

Respecto a la invocada ausencia de relación causal hay que recordar que todo delito por imprudencia, como son los apreciados en la sentencia recurrida, requiere la imputación del resultado, es decir, que la acción peligrosa tiene que producir un resultado que pueda ser imputado objetivamente a la misma. Así pues, el resultado debe ser evitable conforme a un análisis *ex ante*. Sobre ello se profundizará al examinar el noveno motivo de este mismo recurrente, en todo caso, y a los estrictos términos de este primer motivo, queda acreditado, sin duda, por las declaraciones de los funcionarios de la Policía Local, por los informes técnicos emitidos y por las declaraciones de los afectados y otros testigos, así como por los partes médicos, que la decisión de arrancada de la planta en esas circunstancias atmosféricas especiales constituyó la acción peligrosa desencadenante de las lesiones y fallecimiento que se declara probado, provocando una situación de sinergia con el resto de los contaminantes que existían en ese momento en esa zona.

El informe del Instituto Nacional de Toxicología que obra a los folios 717 y siguientes de las Diligencias, ratificado en el acto del plenario, explica las características del anhídrido sulfuroso, como del ácido sulfúrico, y su mecanismo de acción tóxica, que produce efectos irritantes en nasofaringe y glotis y que puede producir edema de glotis y obstrucción respiratoria con la consiguiente anoxia, así como edema pulmonar e hiperactividad bronquial (broncoconstricción), que puede ocurrir inmediatamente tras la exposición y, en concreto, respecto a la persona fallecida recuerda que fue ingresada en urgencia el día 21 de octubre de 1994 con dificultad respiratoria y como hallazgos de autopsia se menciona edema agudo de pulmón e irritación de las vías respiratorias; y examinados los pulmones en el mencionado Instituto se diagnostica intensa congestión y edema alveolar difuso con hemorragias dispersas, y recoge como consideraciones que el hallazgo morfológico más destacable es el edema pulmonar con hemorragias, cuya etiología puede ser tóxica, señalando como criterios para determinar esa etiología tóxica la compatibilidad temporal entre la reacción adversa o desenlace fatal en este caso y la exposición al tóxico y contiene como consideraciones finales que «por lo tanto con los datos expuestos sobre antecedentes bibliográficos, que demuestran la mayor susceptibilidad de sujetos asmáticos o con bronquitis crónica ante exposición a anhídrido sulfuroso, teniendo en cuenta además que no se han encontrado alteraciones morfológicas cardíacas que justifiquen la muerte, así como el resto de resultados del estudio histopatológico, y químico-toxicológico, sí aplicamos el criterio de Riddel (1982), referido a establecer el grado de certeza en el diagnóstico de la relación causa-efecto de una intoxicación: (causal, probable, posible, coincidental y negativa). Podemos considerar que estamos ante una probable-posible etiología tóxica».

Dictamen bien expresivo sobre la incidencia del anhídrido sulfuroso cuya certeza total era imposible de diagnosticar en cuanto dicho gas se transforma y descompone en el organismo, sin embargo ese dictamen, unido a las circunstancias que precedieron a su fallecimiento, a la coincidencia temporal y a los testimonios depuestos por quienes acompañaban al enfermo, ha permitido al Tribunal de instancia establecer la causa-efecto que se pretende negar en el presente motivo.

El Tribunal de instancia, por ello, razona con acierto que J.A.B., que se encontraba en su domicilio de Beurco, padecía una patología respiratoria crónica, y hubo de avisar a una vecina por el ahogo que presentaba al abrir las ventanas de su vivienda, ingresando a las nueve treinta y uno de la mañana cadáver en el Hospital de San Eloy, como consecuencia de un edema pulmonar agudo producido por una descompensación brusca por exposición a la nube contaminante existente en Baracaldo. Añade que la relación causa-efecto se apunta en los informes de autopsia, folios 25 ss. y 815 ss. y de toxicología folios 717 ss., y señala que la coincidencia temporal entre el incre-

mento de nivel de emisión por la puesta en funcionamiento de la fábrica y que cesa en sus efectos perniciosos inmediatamente después de que se parara (folio 27 de la sentencia), independientemente de otros focos emisores de SO₂ y sin ser el dióxido de azufre el único contaminante que afectó a las vías respiratorias, resulta innegable que Rontealde contribuyó eficazmente al suceso de contaminación descrito durante apenas cincuenta minutos y a que resultasen afectados diversos individuos. El Tribunal de instancia pudo oír en el acto del plenario las declaraciones de A.C., que en aquellas fechas controlaba el tema del medio ambiente, y se refiere a las llamadas recibidas en el Ayuntamiento por los vecinos y que los picos de contaminación a las nueve de la mañana eran muy altos, como cuatro veces más de lo permitido, y que tenía que ser de Rontealde porque los gases de SO₂ no se producen en ningún otro lado. El Sr. M.E. era, en aquellas fechas, miembro de la Junta de Calidad del Aire, y en sus declaraciones en el acto del plenario, además de ratificar lo declarado con anterioridad, expresó que el causante fue el SO₂, que la empresa que podía haberlo producido era Rontealde y que la patología de los efectos causados se correspondía, existiendo relación de causa-efecto y que no recordaba emisión tan aguda en un momento dado. El Sr. G.M. declaró en el acto del juicio oral, entre otros extremos, que no se produjo el preaviso de arranque que era obligatorio por el Protocolo firmado, y como hubo incidentes antes se acordó con la empresa que avisara de los arranques para evitar puntos de contaminación, ya que se controlan las condiciones climatológicas y que el aviso era precisamente para que la Viceconsejería pudiera controlar si se daban las condiciones para el arranque y si se hubiera producido el aviso entiende que los servicios técnicos no le hubieran dado permiso para arrancar. También se pudo escuchar al Dirección006 quien manifiesta que la filosofía del protocolo era intentar aportar datos a la empresa para que optimizase la operación de la arrancada y, en concreto, sobre la situación climatológica, sabe que ha habido ocasiones en las que se ha recomendado esperar, que en esa ocasión los valores más llamativos fueron de SO₂, manifestó a la defensa que el arranque del día 21 fue en frío y que la parada tiene riesgo para el equilibrio de contaminantes; el Sr. E., quien manifiesta que durante una o dos horas los valores de SO₂ fueron muy altos, igualmente manifestó que sabía que había un compromiso con Rontealde de que tenía que comunicar a la Consejería cuándo pensaba arrancar, ya que la Consejería les podía informar si las condiciones eran adecuadas o se les avisaba si era conveniente esperar y que en la Viceconsejería no hubo constancia de que Rontealde hubiera llamado para pedir permiso para la arrancada. El Perito judicial, a diferencia de lo que hicieron los designados por la defensa, aportó datos que iban en la línea de que la emisión de SO₂ fue muy superior a la que estaba autorizada.

Respecto a la responsabilidad del ahora recurrente, el Tribunal de instancia razona que la conducta imprudente que se atribuye a los dos primeros acusados es permitir el precalentamiento y poner en marcha la fábrica sin cerciorarse de que las condiciones climatológicas permitirían la dispersión de eventuales emisiones por encima de los niveles habituales de Rontealde, imprudencia que, dado el ámbito profesional en que actuaban y los sobrados conocimientos que debían poseer tanto sobre la incidencia de las sustancias contaminantes en la calidad del aire como de las condiciones atmosféricas en la dispersión, la convierte en imprudencia grave profesional. Pues bien, no plantea cuestión que, en el momento de producirse los hechos, el ahora recurrente era el Director técnico de la empresa «Rontealde, S. A.», reconociendo en el acto del juicio oral que llevaba todas las operaciones operativas o sea el funcionamiento de las instalaciones, siendo superior jerárquico del Jefe de producción, que fue en definitiva, con el concurso del otro acusado, quien dio la orden de arranque de la planta en esas circunstancias atmosféricas y sin adoptar las medidas de precaución y cuidado que le eran exigibles y que le hubieran permitido conocer que las condiciones

atmosféricas existentes no eran favorables. No se puede olvidar que ha quedado acreditado que en el momento de producirse el arranque existía en la zona un fenómeno complejo de inversión térmica que restringía la dispersión de contaminantes potenciado por la baja velocidad del viento. La lectura del acta del juicio oral permite observar, por la declaración prestada por el acusado K.I., que la decisión se adoptaba en común y de consuno y reconoce que habló con E. antes de que llegara a la fábrica y, asimismo, reconoció que siempre avisó a medio ambiente cuando paraba y arrancaba y que esta vez no se avisó al arrancar porque era de madrugada y no había nadie en la oficina, añadiendo que no se consideraron las condiciones climatológicas y que no las conocía.

El ahora recurrente, asimismo, coincide sustancialmente con lo afirmado por K.I. y admite que recibió varias llamadas de la Policía Local y del ingeniero de Baracaldo y que hubo muchas otras llamadas; y asimismo reconoció que las condiciones climatológicas influyen no sólo en los focos de emisión, sino en la situación medioambiental de una zona.

Así las cosas, el Tribunal de instancia ha contado con medios de prueba, legítimamente obtenidos, que contrarrestan el derecho de presunción de inocencia invocado.

[...]

Noveno. En el noveno motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, se invoca infracción del artículo 325 del Código Penal.

Lo que se trata de combatir a través del presente cauce casacional es el juicio de subsunción realizado en la Sentencia recurrida en cuanto aprecia que los hechos enjuiciados son constitutivos de un delito de homicidio imprudente en concurso ideal con un delito de lesiones imprudentes, afirmándose que los hechos no son constitutivos de ninguno de dichos delitos al no concurrir ni la infracción del deber objetivo de cuidado propio de las acciones y omisiones imprudentes, ni la relación causal entre la conducta de mi representado y la muerte y las lesiones que constituyen el resultado material de los citados delitos, ni tampoco la previsibilidad de dichos resultados.

Este motivo tampoco puede prosperar y la mención que se hace del artículo 325 del Código Penal debe ser un error.

El Tribunal de instancia califica la conducta de los recurrentes como constitutiva de delitos de homicidio y lesiones imprudentes al haber ordenado el precalentamiento y puesta en marcha de la fábrica sin cerciorarse de que las condiciones climatológicas permitirían la dispersión de las emisiones que esa arrancada suponía por encima de los niveles habituales de Rontealde. Imprudencia que, dado el ámbito profesional en que actuaban y los sobrados conocimientos que debían poseer tanto sobre la incidencia del dióxido de azufre en la calidad del aire como de las condiciones atmosféricas en la dispersión, pudiendo estar en peligro la salud de los vecinos de la zona, la convierten en imprudencia grave profesional.

La esencia del desvalor de la acción imprudente se encuentra en la infracción del deber de cuidado y el tipo objetivo se configura con la realización de una acción que supere el riesgo permitido y la imputación objetiva del resultado. En el delito imprudente, por consiguiente, se produce un resultado socialmente dañoso mediante una acción evitable y que supera el riesgo permitido. La tipicidad se determinará mediante la comparación entre la acción realizada y la que era exigida por el deber de cuidado en la situación concreta.

Respecto al momento y fuentes del deber de cuidado, la situación debe ser objeto de un análisis *ex ante* y teniendo en cuenta la situación concreta en la que se desarrolló la acción. La norma de cuidado, al igual que el riesgo permitido, puede estar establecida en la Ley, en un reglamento, en disposiciones particulares y, desde luego, basada en la experiencia.

La acción peligrosa tiene que producir un resultado que pueda ser imputado objetivamente a la misma. Así pues, el resultado debe ser evitable conforme a un análisis *ex ante*.

Varios son los criterios de imputación del resultado, y como más destacados señalaremos la teoría del incremento del riesgo; conforme a la misma es preciso que el resultado constituya la realización del riesgo generado por la acción y que la conducta del sujeto haya incrementado la probabilidad de producción del resultado, comparándola con el peligro que es aceptable dentro del riesgo permitido. Para la teoría del ámbito de protección de la norma, no habrá imputación del resultado cuando éste no sea uno de los que se pretenden impedir con la indicada norma. En otras palabras, la norma que impone los deberes pretende evitar ciertos resultados, cuando el resultado no es uno de ellos, significa que se encuentra fuera de su ámbito de protección y, consecuentemente, debe negarse la imputación de dicho resultado. Por último, la teoría de la evitabilidad, conforme a la cual habrá que preguntarse qué hubiera sucedido si el sujeto hubiera actuado conforme a la norma. Si a pesar de ello, es decir, si aunque el sujeto hubiera cumplido con la norma el resultado se hubiera producido igualmente, habrá que negar la imputación objetiva del resultado.

En el delito imprudente, el tipo subjetivo lo constituye el desconocimiento individualmente evitable del peligro concreto. Desconocimiento que le es imputable, ya que pudo haber previsto el resultado si su comportamiento hubiera sido adecuado al deber de cuidado.

Aplicando la doctrina que se deja expuesta sobre los delitos imprudentes al caso que examinamos, podemos comprobar que concurren cuantos elementos le caracterizan.

Los acusados crearon una situación de peligro al iniciar el proceso de arrancada de la planta, con la consiguiente emisión de SO₂ a la atmósfera, sin cerciorarse si las condiciones climatológicas existentes eran las adecuadas, desconocimiento que hubieran evitado si hubieran adoptado las medidas de precaución y de deber de cuidado que les eran exigibles, por sus conocimientos técnicos y experiencia profesional, produciéndose un resultado lesivo a la salud de las personas que les era imputable, ya que supuso un incremento de riesgo no permitido, estaba dentro del ámbito de protección de la norma y evitable si hubieran adoptado esas medidas de cuidado, máxime cuando en la licencia de apertura constaba que era necesario comunicar a la Viceconsejería de Medio Ambiente los procesos de arrancada para que se comprobara si las condiciones climatológicas lo permitían, siendo de reiterar los razonamientos ya expuestos, al examinar el primer motivo, sobre la relación causa-efecto.

Por consiguiente, el Tribunal de instancia ha subsumido correctamente la conducta de los acusados en los delitos que se les imputan.

[...]

Décimo.—En el décimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, se invoca infracción de los artículos 27, 28 y 5 del Código Penal.

Lo que se trata de poner de relieve en el presente motivo de casación es la aplicación indebida de los artículos 27, 28 y 5 del Código Penal, pues, aun en el caso de estimar que los hechos son constitutivos de delito, no era mi representado quien tenía encomendada la función de comunicar los arranques de la planta, por lo que no puede ser responsable criminalmente de dicha omisión.

Ya se ha hecho antes referencia a la actividad profesional que realizaba el ahora recurrente en la planta de Rontealde y a esa dirección técnica no le eran ajenas las condiciones y medidas que debían adoptarse antes de que se diera la orden de arrancada, y tan es así que, como superior jerárquico del jefe de producción, se hizo cargo de esa arrancada una vez que se constituyó físicamente en la planta, como suya era esa dirección antes de marcharse y mientras estuvo físicamente ausente, y suya fue,

asimismo, la decisión de acatar la orden que había salido de la Policía Local de que se parase la planta ante el incremento de los problemas de salud de los vecinos de la zona.

Es de reproducir lo expresado en el anterior motivo sobre la calificación jurídica de los hechos y la participación de este acusado en los mismos.

Este último motivo tampoco puede prosperar.

(Sentencia de 27 de septiembre de 2004)

ARTÍCULO 147

Lesiones ocasionadas durante detención ilegal: responsable de quien participa en ésta aunque no haya ocasionado directamente aquéllas

Preliminar.—Deliberado el recurso de casación tras la celebración de la vista, es procedente realizar una breve consideración sobre los hechos objeto del presente recurso.

Los hechos a los que se contrae la sentencia impugnada son de una gravedad pavorosa. La privación de libertad, forzada e ilegal, de una persona siempre es un hecho muy grave. En el caso que conocemos en el recurso la gravedad roza lo inhumano. El desarrollo del secuestro durante un largísimo plazo, cuatrocientos noventa y dos días, las condiciones del encierro, la oscuridad, el racionamiento de la comida, las reducidas dimensiones del habitáculo dispuesto por los secuestradores, que imposibilitan mantener el cuerpo erguido o tumbado etc., aparecen relacionadas en el hecho probado de la sentencia impugnada de manera sobria y objetiva, aunque suficiente para atisbar el sufrimiento de la víctima. Además, en el secuestro ha mediado la petición de rescate que ha sido aprovechado para agravar las condiciones del encierro, en la medida en que la víctima era falsamente informada de la negativa de los familiares a atender las demandas de los captores.

La sentencia penal, la condena que incluye, nunca podrá reparar el daño causado a la víctima y a su familia, sólo supone la declaración y reproche social al hecho. Para ella va dirigida la solidaridad de la sociedad y de quienes hemos podido ser testigos de su sufrimiento.

En otro orden de cosas, es digno de reconocimiento la actuación jurisdiccional del Tribunal de instancia. En la sentencia el Tribunal ha realizado una cuidada redacción de los hechos acreditados y una esmerada motivación de la convicción y de la subsunción que ha permitido a las partes elaborar la impugnación, con observancia de sus derechos legales y constitucionales, y a esta Sala responder a las pretensiones revisoras de la condena que le han sido planteadas.

[...]

Quinto.—En este motivo denuncia el recurrente la aplicación indebida del artículo 420 del Código Penal a los hechos declarados probados para él.

La lectura del hecho probado pone de relieve que el recurrente tuvo una participación activa durante todo el largo proceso de preparación del secuestro, que conocía al detalle las circunstancias y condiciones en las que se iba a realizar el encierro. Participó de forma directa en la ejecución última al llevar a una parte de los acusados al lugar del secuestro, prestar su labor de vigilancia y apoyar, en todo momento, la acción.

Es cierto que una vez que se produjo el cambio de la secuestrada a otro vehículo se alejó del lugar llevando a otros de los coimputados. Este comportamiento ha dado lugar a que se le haya reconocido, sin lugar a dudas, como autor material de la detención ilegal, y así se declara y se confirma en el fundamento de Derecho tres de esta sentencia.

En relación con el delito de lesiones por el que se le ha condenado, manifiesta su oposición alegando que su intervención terminó en el momento antes descrito.

Ahora bien, la división de funciones dentro de un plan concertado, tan laboriosamente desarrollado y con tanto tiempo para su ejecución, nos permite afirmar, sin el menor género de dudas, que el acusado conocía las condiciones inhumanas del lugar en el que se iba a encerrar a la secuestrada. Al mismo tiempo fue consciente de que la situación de encierro se prolongó en el tiempo y que estos dos factores hacían no solamente probable, sino prácticamente seguro, la reproducción de lesiones físicas y psíquicas.

Su participación en la realización del plan le conecta y le hace asumir los resultados lesivos que se representó y aprobó. Permaneció impasible ante la prolongación del secuestro, lo que nos llevaría a la estimación del dolo eventual por la teoría de la aprobación por el consentimiento, sin descartar, por supuesto, de forma quizá más precisa, la teoría de la representación o de la posibilidad y probabilidad.

En todo caso, su indiferencia e inactividad ante una situación que conocía perfectamente que podía producir los resultados que se describen y que se le han imputado no le movió a actuar a favor de la víctima, lo que le convierte en autor por omisión sin ningún género de dudas de las lesiones producidas, dando lugar a la desestimación del motivo.

(Sentencia de 6 de mayo de 2004)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA RESPECTO AL MOTIVO QUINTO OPUESTO POR EL RECURRENTE INOCENCIO CONTRA LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE GERONA, DE FECHA 10 DE ABRIL DE 2003

Disiento de la sentencia de la que he sido ponente en este único extremo. A mi juicio la impugnación desarrollada en el motivo quinto debió ser estimada. Según el relato fáctico sólo intervino en el día del secuestro. Y no participó, ni activa ni omisivamente, en la causación de las lesiones.

Articulada la oposición por error de derecho, el motivo parte, o debe hacerlo, del respeto al hecho declarado probado discutiendo desde la asunción del relato fáctico la errónea subsunción del hecho en la norma penal que invoca como indebidamente aplicada, en este caso, el delito de lesiones.

El relato fáctico en lo que interesa a la impugnación refiere que el recurrente participó en la forma que se ha analizado en el cuarto de los fundamentos de esta sentencia en el secuestro de la perjudicada. Se afirma en el hecho probado que no tuvo otra intervención, sin que participara en lo acaecido en los días posteriores, los cuatrocientos noventa y dos días que duró la detención de la perjudicada. Consecuentemente, se afirma, no tuvo intervención alguna en la causación de las lesiones.

Afirma la sentencia, y el Ministerio Fiscal en su informe a la impugnación, que la imputación, objetiva y subjetiva, del recurrente en las lesiones deriva de la intervención inicial en la detención, que le colocó en posición de garante, por lo que su inac-

tividad en orden a finalizar la situación de secuestro le constituye en autor de tales hechos, siendo imaginables acciones que pudiera realizar el recurrente para poner fin a la situación causal al delito de lesiones por el que es condenado.

Esa argumentación es válida en orden a justificar la subsunción en el delito de secuestro con la duración que se declara probada, pues la participación en el mismo, en su momento inicial, le hace responsable respecto al delito y a las agravaciones previstas en el tipo penal. Participó activamente en la detención ilegal y esa actuación ilícita, que el acusado ha generado, le coloca en situación de garante respecto a las agravaciones específicas del delito de detención ilegal. Esto es, la injerencia previa le coloca en posición de garante respecto al secuestro. Ahora bien no puede decirse lo mismo respecto al delito de lesiones que se le imputa, pues, desde el relato fáctico, se afirma que no tuvo ninguna otra participación, concretamente en el desarrollo de la privación de libertad, desconociendo las concretas circunstancias de la detención prolongada y generadora de las lesiones.

Ese desconocimiento de las concretas circunstancias de la detención de la perjudicada, que en el relato fáctico constituyen el medio comisivo del resultado lesivo, suponen que para este acusado no pueda serle imputado el conocimiento de la situación generadora del deber de actuar con respecto al delito de lesiones. En otras palabras, si desconocía las concretas circunstancias de la detención, que es la causante de las lesiones físicas imputadas, no surgió para este recurrente la obligación de actuar para defender el bien jurídico integridad física del delito de lesiones. Lo contrario, afirmar la responsabilidad penal por comisión por omisión respecto a los delitos cometidos durante el secuestro a quien sólo intervino en su inicio, equivaldría a la responsabilidad por el resultado, a manera de *versari in re ilícita*, proscrito por el principio de culpabilidad bajo el que se ordena la exigencia de la responsabilidad penal.

Consecuentemente, el motivo debió ser estimado.

ARTÍCULO 153 (REDACCIÓN DADA POR LEY ORGÁNICA 14/1999)

Agresión no existiendo convivencia: la falta de ésta entre personas unidas afectivamente impide apreciar los malos tratos habituales en hechos cometidos durante la vigencia del artículo 153 en su redacción dada por la Ley Orgánica 14/1999, y no por la Ley Orgánica 11/2003

Primero.—El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de malos tratos habituales del artículo 153; de un delito de lesiones causantes de deformidad del artículo 150, y de una falta de lesiones del artículo 617, con la concurrencia en todos ellos de la exigente incompleta de intoxicación alcohólica, a la pena, por el primer delito, de dos meses de prisión que se sustituye por ciento veinte días de multa con una cuota de 1,20 euros; por el segundo delito, de nueve meses de prisión, y por la falta de tres fines de semana de arresto. Autorizando el cumplimiento de la pena mediante la sumisión a tratamiento de deshabitación en centro adecuado.

Contra la sentencia formaliza tres motivos de casación. En el primero, alega la vulneración de la presunción de inocencia, pues entiende que no ha habido prueba de cargo suficiente para acreditar la relación de causalidad entre la agresión y la pérdida de la pieza dentaria. La declaración de la propia perjudicada no es terminante y existen dos dictámenes forenses contradictorios sobre el particular, lo que introduce serias dudas que deben resolverse a favor del reo.

El derecho a la presunción de inocencia está consagrado en nuestro sistema con rango de derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución, e implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Esto supone que es preciso que se haya practicado una mínima y suficiente prueba de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe esa presunción inicial.

Cuando se alega en el proceso penal su vulneración, el Tribunal de casación debe realizar una triple comprobación. En primer lugar, que el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta prueba que pueda considerarse de cargo, es decir, de contenido suficientemente incriminatorio, de tal manera que se pueda considerar acreditada la realidad de unos hechos concretos, con sus circunstancias agravatorias relevantes jurídico-penalmente, y la participación o intervención del acusado en los mismos. En segundo lugar, que la prueba ha sido obtenida e incorporada al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena no se aparta de las reglas de la lógica y no es, por lo tanto, irracional o arbitraria.

En el caso actual, para considerar acreditado que la agresión efectuada por el recurrente sobre la persona de la víctima causó a ésta la pérdida de una pieza dental, el Tribunal, en un escueto razonamiento, ha tenido en cuenta la prueba pericial practicada en el acto del juicio oral, basada en los informes forenses que constan en autos, concretamente en el folio 55, en el que aparece el parte inicial de asistencia, y en el informe forense del folio 305. Es cierto que, como dice el recurrente, el informe forense emitido por el Dr. Jesús Carlos, folio 305, no es terminante en este sentido y refleja algunas dudas acerca de la relación entre la agresión y el resultado. Sin embargo, tal como consta en el acta, en el juicio oral compareció el médico que extendió el parte inicial de asistencia, ratificando su contenido. En dicho parte se vincula de forma clara la agresión sufrida por la víctima en esa fecha y la pérdida de la pieza dentaria, y no puede dejar de tenerse en cuenta que el mismo fue emitido tras el reconocimiento de la lesionada efectuado el mismo día en que ocurren los hechos, es decir, después de una observación directa de las lesiones realizada en el mismo día en que han sido causadas, mientras que el segundo, además de ser posterior en el tiempo en más de mes y medio, se basa exclusivamente en el examen del parte de lesiones. Ante dos dictámenes no coincidentes, el Tribunal ha optado por el contenido de uno de ellos, y después de lo antes dicho hemos de concluir que lo ha hecho de forma racional.

El motivo se desestima.

Segundo.—En el segundo motivo, por la vía del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la infracción del artículo 153 y del artículo 617, en relación este último con el artículo 20.2.º del Código Penal. Respecto del primero se afirma que no existía entre el condenado y la víctima una relación estable de afectividad, no habiendo convivido juntos nunca, lo que impide la aplicación del tipo.

En cuanto al segundo entiende que el alcoholismo crónico desde hace al menos diez años debe llevar a la apreciación de la eximente completa en el momento de la aplicación del artículo 617. Afirma que los episodios violentos se cometieron estando en plena intoxicación etílica.

El artículo 153 del Código Penal, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, vigente al tiempo de cometerse los hechos enjuiciados,

en lo que aquí interesa, sancionaba con la pena de prisión de seis meses a tres años a quien «habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad». La modificación operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, dio nueva redacción al precepto, que pasó a ser el apartado dos del artículo 173, con el siguiente texto: «El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia». Las novedades respecto de la redacción anterior son la desaparición de la exigencia de estabilidad en la relación de afectividad análoga a la del cónyuge y la introducción del inciso «aun sin convivencia».

La STS de 24 de junio de 2000 realiza un completo estudio del tipo, tanto en sus antecedentes como en su redacción vigente, y en ella se afirma que «es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10–, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –art. 15– y en el derecho a la seguridad –art. 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del artículo 39. Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria, pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad; dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados, y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar».

La doctrina contenida en la anterior sentencia ha sido recogida por otras posteriores, entre ellas, la STS de 22 de enero de 2002 y, recientemente, la STS de 18 de junio de 2003.

En estas resoluciones de la Sala se identifica el bien jurídico protegido con la paz familiar y con la dignidad de la persona en ese ámbito, concretamente, con su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno. La sentencia STS de 26 de junio de 2000 destaca por su parte que «esta norma penal (art. 153 del CP/1995) ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia; en definitiva, se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente,

su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno», en los mismos términos ya adelantados por la STS de 20 de diciembre de 1996. En el mismo sentido, la STS de 28 de febrero de 2003 señalaba que el bien jurídico protegido por el delito del artículo 153 del Código Penal es «la protección de las normas de concordia y paz familiar en las relaciones internas de tan importante y primario grupo social». Y en la STS de 24 de marzo de 2003 se dice que «el bien jurídico protegido es la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las personas, sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática».

Por lo tanto, puede concluirse que al lado de la integridad o la salud física o psíquica que, como bien jurídico individual, se protege mediante los delitos de lesiones, en el delito de malos tratos habituales el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en el ámbito de la familia, protegiéndose al tiempo, de esta forma, la paz en el núcleo familiar como bien jurídico colectivo.

Esta consideración queda reforzada tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, que en el nuevo artículo 153 del Código Penal intensifica la protección de la salud o integridad física o psíquica frente a los ataques que tengan lugar en el seno de la familia, al tiempo que sitúa los malos tratos habituales en el artículo 173.2, entre los delitos de torturas y contra la integridad moral, sancionándolos diferenciadamente de modo agravado respecto del tipo básico principalmente en atención a las características propias del ámbito familiar en el que se producen, aunque los límites del bien jurídico se hayan ampliado al no exigirse la convivencia en los supuestos de relaciones de afectividad análogas a las de los cónyuges y al hacer una referencia expresa como posibles sujetos pasivos del delito a las personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Plantea el recurrente si en el ámbito de las relaciones de pareja, el tipo, en la redacción vigente al cometer los hechos, exige la convivencia o si sería posible aplicar el precepto, como hace la sentencia, acreditando solamente la relación estable de afectividad, presente o pasada, sin necesidad de que esté unida a una convivencia efectiva. La redacción del tipo según la Ley de 1999, en el inciso antes transcrito, no hace mención expresa a este elemento, limitándose a exigir que el sujeto pasivo sea el cónyuge o persona unida de forma estable por análoga relación de afectividad. La exigencia de estabilidad incorpora un elemento de permanencia en la relación, pero tampoco supone necesariamente la convivencia. Es posible una relación de afectividad estable, por su persistencia temporal, sin que venga acompañada de la convivencia.

Sin embargo, ante el silencio de la Ley, existen otros argumentos que abonan la exigencia de una convivencia real, con unas u otras características, entre autor y víctima en estos casos. En primer lugar, el bien jurídico protegido, en la forma en que ha sido entendido por las resoluciones de esta Sala antes citadas, anteriores a la última reforma, Ley Orgánica 11/2003, se refiere a la paz familiar y a otros valores, pero siempre dentro de ese ámbito. Y el requisito primero para la existencia de un núcleo familiar entre dos personas es la convivencia entre ellas, al menos en algún momento de la relación.

En segundo lugar, la redacción del precepto da a entender que, en orden a la determinación de la relación de afectividad, la referencia se hace al matrimonio, pues aquella ha de ser análoga a la del cónyuge. Y es claro que el matrimonio se caracteriza, entre otras cosas, por la convivencia de los cónyuges, artículo 68 del Código Civil. Así ocurre tanto si la referencia se centra en la analogía con la relación entre cónyuges como si se hace respecto de la afectividad entre ellos, pues una y otra tienen como una de sus características la convivencia. En tercer lugar, en el inciso siguiente

del precepto aplicado se menciona como posible sujeto pasivo del delito a «los hijos propios o del cónyuge o conviviente».

Y en cuarto lugar, así lo indica la evolución legislativa del precepto. La Ley Orgánica 3/1989 introdujo en el Código Penal derogado una nueva redacción del artículo 425 en el que, en lo que aquí interesa, se sancionaba con la pena de arresto mayor a quien «habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad». En la interpretación de este artículo esta Sala entendió que uno de los elementos del tipo era la convivencia, habida cuenta de la referencia al cónyuge (STS de 11 de mayo de 1995). La previsión legal fue recogida en el Código de 1995, en el artículo 153, prácticamente con la misma redacción en este punto, pues se suprimió la referencia a «cualquier fin» y se añadió el requisito de que la relación de afectividad fuera estable. La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, que modificó el Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y con el propósito de mejorar tal protección, modificó el artículo 153 añadiendo al tipo los supuestos de violencia psíquica y aquellos otros en los que la relación matrimonial o de afectividad análoga hubiera existido, aunque al cometer el hecho hubiese ya cesado. La STS de 24 de junio de 2000, antes citada y reiterada luego en la STS de 22 de enero de 2001 y en la STS de 11 de marzo de 2003, en relación a esta modificación legal, recogía la exigencia de la convivencia en los siguientes términos: «En relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca a situaciones en las que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquella».

El propio legislador ha debido entender de esta forma el sentido de la regulación legal cuando en la modificación del Código Penal operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se le da una nueva redacción, antes transcrita, constituyendo el apartado segundo del artículo 173, en el marco de los delitos contra la integridad moral, en la que la relación de afectividad, presente o pasada, análoga a la del cónyuge no precisará del requisito de la convivencia para que sean sancionados con arreglo a este artículo los malos tratos habituales ejecutados dentro de su ámbito. El legislador ha entendido que, para una mejor y más amplia protección de las víctimas de estas conductas que preocupan seriamente por su reiteración y gravedad y que merecen un contundente reproche social por sus características, deben incluirse en el tipo los supuestos de malos tratos habituales también en situaciones de afectividad análoga a la existente entre cónyuges, aun en los casos en los que no exista convivencia entre ellos. Y para hacer efectiva tal opción ha procedido a la modificación del precepto, lo que indica que, según su propia interpretación, tales conductas no quedaban incluidas en la redacción anterior del tipo. La introducción del inciso «aun sin convivencia», a pesar del silencio de la exposición de motivos sobre esta cuestión puntual, debe interpretarse de forma que lo que ahora, desde su entrada en vigor, no constituye un requisito del tipo, lo era con anterioridad a su exclusión expresa. La modificación provoca una ampliación en el bien jurídico protegido, pues ya no se trata solamente de la paz familiar o la dignidad de la persona en ese ámbito, sino también en el marco de relaciones análogas en su afectividad a las de los cónyuges, aunque no exista convivencia.

La sentencia de instancia se limita a declarar probado que el acusado mantuvo con la víctima de sus agresiones «una relación sentimental estable», añadiendo en el fundamento de Derecho primero que «no obsta a la permanencia y profundidad de dicha relación de afectividad el que cada uno continuara viviendo en su domicilio, de

próxima vecindad». Con independencia de que el Tribunal debería haber descrito en el hecho probado las características de la relación para después deducir en los fundamentos jurídicos el carácter estable de la misma a los efectos del tipo, la escasez de datos fácticos contenidos en la sentencia acerca de este extremo concreto de las relaciones entre autor y víctima impide considerar acreditada la existencia de una convivencia entre ambos que pueda valorarse como tal, sin que pueda ser presumida en contra del reo, de manera que no concurre en los hechos probados uno de los requisitos del tipo en la redacción del Código Penal vigente al tiempo de cometer los hechos, lo que ha de conducir a la estimación del motivo y a la absolución del acusado por este delito, sin perjuicio de que su conducta obtenga un adecuado reproche a través de la imposición de las penas y medidas de seguridad impuestas por el delito y la falta de lesiones.

En este aspecto, por lo tanto, el motivo se estima.

La segunda cuestión que el recurrente plantea en este motivo no puede tener la misma acogida. Pretende que el alcoholismo crónico que se aprecia en la sentencia conduzca a la aplicación de la eximente completa y sostiene que en el momento de la comisión de los hechos se encontraba en un estado de intoxicación etílica.

Con independencia de que no queda demasiado claro cuáles son las razones que tiene el recurrente para limitar la aplicación de la eximente completa a la falta del artículo 617, lo cierto es que la vía casacional elegida impone el respeto al hecho probado. De los aspectos fácticos de la sentencia se deduce que la dependencia del acusado al alcohol tiene una evolución de doce años y que los hechos fueron realizados en el curso de episodios de ideación auto-hetero-lesiva, en el contexto de intoxicaciones etílicas. La importancia de los efectos que el consumo de alcohol haya podido producir en el sujeto, tanto por su prolongación en el tiempo como por los efectos de la ingesta en el momento de los hechos, ha conducido al Tribunal a apreciar la concurrencia de una eximente incompleta y a imponer, además de la pena, una medida de seguridad de sumisión a tratamiento en centro de deshabitación alcohólica adecuado en el régimen que requiera dicho tratamiento hasta la desintoxicación, con el límite previsto en el artículo 104 del Código Penal en relación a la pena correspondiente al delito.

Sin embargo, no se describe una situación del acusado en relación con el alcoholismo o con la ingestión de alcohol al cometer el hecho que necesariamente obligue a entender que en el momento de los hechos se encontraba en un estado de intoxicación etílica de tal profundidad que produjera la anulación completa de sus facultades. El Tribunal lo valora en el sentido de declarar probada una disminución profunda, sin anulación, de las facultades del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión, y no se aportan otros datos que permitan desvirtuar esa consideración y sustituir la valoración del Tribunal por otra que acepte la anulación total de dichas facultades. En cualquier caso, las características del alcoholismo del acusado, tal como resultan de la sentencia, provocarían que la estimación de este motivo no repercutiera de forma apreciable en las consecuencias jurídicas de su conducta, toda vez que sería igualmente imponible la medida de internamiento, o del tratamiento oportuno, hasta la desintoxicación, con los límites del artículo 102 del Código Penal, sustancialmente idénticos a los del artículo 104.

En este aspecto, el motivo se desestima.

(Sentencia de 29 de marzo de 2004)

ARTÍCULO 197

Las conductas de utilización de artificios técnicos de escucha, grabación o reproducción para la finalidad específica de intervenir las conversaciones de una persona, sin que exista mandamiento judicial, integra el delito del artículo 197 CP. Pero así como el agente del que se acreditó su participación material en las escuchas responde como autor, no lo hacen aquellos contra los que sólo existen los datos de ser directores del Centro del que dependía el agente y otros indicios muy débiles y abiertos. Consumación del delito y problemas de dominio funcional del hecho

Recursos interpuestos por E.M., J.C. y por el Ministerio Fiscal

Único. [...] El Ministerio Fiscal niega la autoría de los acusados E.M. y J.C. alegándose que no tienen el dominio funcional del hecho por ostentar el cargo de Director General del CESID ni los indicios en los que se apoya la sentencia para determinar la incriminación alcanzan la potencialidad necesaria para ello, no existiendo prueba de que dieran la orden de que se llevara a cabo la actividad ilícita.

El Tribunal de instancia declara probado que estos acusados, que eran Directores del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID), conocían y facilitaron los medios para la realización de las actividades que asimismo se declaran probadas y se sustentan, sustancialmente, tales extremos del relato fáctico, en el hecho de que las personas que participaron en la actividad delictiva pertenecen a una organización militar, claramente estructurada y jerarquizada y atendida la importancia del desembolso económico para la adquisición de un inmueble y la realización de unas obras, tuvo que ser aprobado por el organismo competente, y aunque no ha quedado demostrada la cadena jerárquica del organismo ni la forma de funcionamiento de los Jefes de la agrupación operativa, quienes declararon que despachaban con el Director de las cuestiones importantes y que, dadas las peculiaridades del caso, resulta lógico pensar que la conducta delictiva enjuiciada era conocida por los Directores que tuvieron el dominio funcional del hecho.

En definitiva, según la sentencia de instancia, aparece como esencial elemento incriminatorio el que estos dos acusados fuesen Directores del Centro Superior de Información de la Defensa, ya que los otros elementos se contraen a que por su condición de Directores de ese Centro tenían que conocer las investigaciones que se realizaban por los agentes cuando se tuvo que adquirir una vivienda en la que se realizaron obras y en la que se practicaron ilícitas observaciones de conversaciones telefónicas en una de las sedes de Herri Batasuna.

El Tribunal de instancia destaca que los agentes que materializaron la interceptación de las conversaciones telefónicas pertenecían a una organización militar, claramente estructurada y jerarquizada, y ello, junto a los datos antes mencionados, permitió sustentar el dominio funcional de los Directores del Centro sobre lo que hacían sus subordinados y su consiguiente calificación de coautores de los hechos que se les imputan.

Aparecen, pues, como coautores en lo que doctrinalmente se viene llamando una estructura de poder organizada, caracterizada por el hecho de que el sujeto de atrás tiene a su disposición una maquinaria personal –dominio de la organización– que le sirve de instrumento para la comisión de las conductas delictivas.

Ciertamente eso es así cuando de organizaciones criminales se trata, cuya estructura, en su conjunto, se encuentra al margen de la legalidad.

Ello en modo alguno se puede afirmar respecto al Centro Superior de Información de la Defensa, organismo que tuvo como misión esencial la defensa del Estado, y lo mismo cabe decir del Centro Nacional de Inteligencia, organismo que sustituye al Centro Superior de Información de la Defensa, regulado por Ley 11/2002, de 6 de mayo, cuyo artículo 1.º establece como fines de dicha Institución prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones.

En consecuencia, el haber ejercido la Dirección del Centro que se ha dejado mencionado en modo alguno puede ser considerado un indicio incriminatorio, y tanto es así que ni el Ministerio Fiscal, ni las acusaciones particulares, ni por consiguiente la sentencia de instancia se han pronunciado sobre la responsabilidad de los dos Directores del CESID que ejercieron sus funciones en período de tiempo situado entre las fechas en que lo ejercieron los dos que sí han sido acusados por la acusación particular.

Habría que estar, pues, a la existencia de otras pruebas, directas o indiciarias, que pudieran acreditar que los dos Directores acusados por la acusación particular participaron por acción u omisión en los hechos enjuiciados y en concreto que se hubiera acreditado, como se sostiene en la Sentencia de instancia, que los dos acusados, ahora recurrentes, hubiesen conocido y apoyado los hechos que se realizaron en la que era sede de Herri Batasuna en Vitoria.

No existe en las actuaciones declaración ni documento alguno que evidencie el conocimiento por parte de estos dos acusados de la interceptación de comunicaciones telefónicas en la sede de Herri Batauna, conocimiento que ha sido negado expresamente por estos recurrentes.

Habría, pues, que acudir, ante la ausencia de pruebas directas, a la prueba de indicios.

[...]

Aplicando la doctrina que se ha dejado expresada al caso que examinamos, los indicios que ha tenido en cuenta el Tribunal de instancia para alcanzar la convicción de que estos acusados gozaban del dominio funcional del hecho, además del dato ya comentado de ser Directores del CESID y de la dependencia jerárquica de los agentes acusados, consistían fundamentalmente en la importancia del desembolso económico realizado para la adquisición de un piso –se dice nueve millones y medio más gastos e impuestos–, las obras realizadas en el mismo por importe de dos millones seiscientos mil pesetas y el valor de los aparatos intervenidos, todo ello, se dice, supone un importante coste y se declara por el Tribunal de instancia que ello tuvo que ser aprobado por el organismo competente –no se menciona a qué organismo se refiere– y a continuación se añade que de las declaraciones de los que fueron los Jefes de la agrupación operativa se evidencia que despachaban con el Director las cuestiones importantes, y que se ha tenido también en cuenta que el Ministro de Defensa se refirió en el Congreso a que de ese piso se había obtenido información valiosa en la lucha contra el terrorismo.

Los indicios que se acaban de dejar expresados en modo alguno pueden considerarse de naturaleza inequívocamente acusatoria y que de ellos fluyan de manera natural, conforme a la lógica de las reglas de la experiencia humana, la consecuencia de la participación de los ahora recurrentes en el hecho delictivo del que fueron acusados, muy al contrario, no pasan de ser conjeturas que se presentan con un carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado, notas que excluyen, según la Sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada, la razonabilidad y solidez de la inferencia.

No pueden considerarse especialmente llamativas las cifras económicas que se mencionan, como indicios incriminatorios, en la Sentencia de instancia, que segura-

mente representarán una partida menor en los indudablemente elevados gastos que debió afrontar el CESID, y lo más importante, que la adquisición de un piso por ese Centro en modo alguno puede ser considerado un indicio incriminatorio y menos que su único fin fuese la realización de conductas delictivas. Tampoco puede llamar la atención el hecho de que se sometiese a observación y vigilancia, en esa y en otras sedes, a Herri Batasuna, por las sospechas de que mantenía contactos con la organización terrorista ETA, como ha sido declarado judicialmente con posterioridad. El Ministro de Defensa, en su comparecencia en el Congreso, no se refiere expresamente a interferencias telefónicas ni hace mención alguna de que los ahora acusados estuvieran impuestos de lo que se pudiera hacer en ese piso. Llama la atención que el Tribunal de instancia exprese que «resulte lógico pensar que los sucesivos Directores eran informados de tan especial operativo...», cuando sólo se acusa a dos de ellos sin que exista referencia a los otros dos Directores que rigieron el Centro en el período intermedio. Como igualmente resulta bien anómalo que se utilicen como elementos indiciarios las declaraciones de los jefes de la agrupación operativa, para inferir que éstos pudieron informar a los Directores de lo que sucedía en el piso, y no se hubiera dirigido el proceso contra ellos, produciéndose un salto, difícil de imaginar, entre las conductas de los agentes que materializaron las intervenciones y los Directores Generales del CESID. Lo cierto es que dichos jefes operativos nada aportaron sobre el conocimiento que pudieran tener los ahora recurrentes.

Así las cosas, y por todo lo que se deja expresado, no existe prueba de cargo que contrarreste el derecho de presunción de inocencia que ampara a estos dos acusados, procediendo dictar una sentencia absolutoria.

Recurso interpuesto por M.C.

Tercero.—En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 197 y 198 del Código Penal.

Se alega que los informes periciales que ha tenido en cuenta la Sala de instancia no permiten llegar a la conclusión de la consumación del delito de interceptación ilegal de las comunicaciones telefónicas.

Como señala el Ministerio Fiscal, el motivo está aquejado de un radical defecto de planteamiento, pues no obstante ser de infracción de ley, prescinde de lo declarado en los hechos probados, a pesar de que éstos tendrían que ser el inexcusable punto de partida de cualquier objeción en materia de subsunción. Y es que, en efecto, dados los términos en que la Sala de instancia se pronuncia, lo único cierto es que en el piso de X, 6, 1.º, se llevaron a cabo «tareas de control y audición» de las comunicaciones producidas «en la sede de Herri Batasuna a través de los medios técnicos instalados».

Pero no se trata únicamente de que estos asertos figuren formalmente en el relato de hechos de la sentencia. Es que los mismos tienen inobjetable soporte probatorio, que resulta del dato acreditado de que la instalación del sistema de escuchas llegó a ser completa, de manera que los cables sólo estuvieron en puntas tras la retirada de los aparatos por orden judicial. Consta (folio 47 de la causa), por comprobación del Juzgado, que «de los equipos de grabación de audio discurrían tres cables blancos conexonados a las líneas telefónicas del local de la sede de Herri Batasuna».

Por lo demás, y aunque la objeción se enfocase bajo el prisma del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, el asunto ya ha sido abordado al examinar el primer motivo de este recurso, con el resultado que se deja mencionado.

Recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal

Único.—En el único motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la LECrim, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 28 del Código Penal en relación con los artículos 197.1 y 198 del mismo texto legal.

El Ministerio Fiscal niega la autoría de los acusados E.M. y J.C. alegándose que no tienen el dominio funcional del hecho por ostentar el cargo de Director General del CESID ni los indicios en los que se apoya la sentencia para determinar la incriminación alcanzan la potencialidad necesaria para ello, no existiendo prueba de que dieran la orden de que se llevara a cabo la actividad ilícita. Se añade que no queda acreditada la fecha de inicio del delito y que existe la incongruencia de que se condene por el mero hecho de ser Directores del CESID, y se concreta en el que fue Director hasta el 7 de julio de 1995 y de quien lo fue desde el 25 de mayo de 1996 y no a los que lo fueron durante el período intermedio.

Es de dar por reproducido lo expresado para estimar los motivos en los que los dos recurrentes, a los que se se refiere el Ministerio Fiscal, han sido declarados absueltos en virtud del derecho de presunción de inocencia, derecho invocado igualmente en este recurso aunque se hubiese formalizado por el cauce de infracción legal.

Con este alcance el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal debe ser estimado.

(Sentencia de 31 de marzo de 2004)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ [...]

II. Acerca de los recursos formulados.—Mi criterio al respecto es que las impugnaciones planteadas tendrían que haberse resuelto de la forma que razono en lo que sigue. Salvo la de M.C. y la del Abogado del Estado, naturalmente, pues han sido tratadas por la mayoría con un criterio que comparto.

a) Recurso de F.B.

Preliminar.—Se trata de la impugnación de un recurrente fallecido durante la tramitación del recurso, pero, puesto que en la sentencia de la mayoría se considera vulnerado por la condena su derecho a la presunción de inocencia, me veo obligado a entrar en el examen de aquélla, ya que, a mi juicio, también en este aspecto es correcta la decisión de la Audiencia Provincial.

Primero.—Se ha denunciado infracción de ley, de las del artículo 849.1.º LECrim, por indebida aplicación del artículo 198 del Código Penal. La Sala de instancia ha condenado, apoyando tal decisión de aplicar el subtipo agravado en que los ejecutores materiales de la acción eran guardias civiles destinados en el CESID y quienes facilitaron la instalación del dispositivo de escucha y lo mantuvieron eran militares de profesión. Y la impugnación se funda en que, a pesar de darse esa calidad en los condenados, no concurrió el elemento de aprovechamiento del cargo para ese fin. Además, se dice, la sentencia no individualiza las conductas, cuando tendría que haberlo hecho, justificando en cada supuesto tal opción en materia de penalidad. Así, en el caso del recurrente, no se habría dado ninguna relación con los perjudicados de la que hubiese podido abusarse y tampoco cabe hablar de utilización interesada de la función pública.

Como el propio impugnante señala en su escrito, la jurisprudencia es constante y uniforme al tomar el término «prevaliéndose» en su sentido etimológico y más obvio

de aprovechamiento o instrumentalización jurídicamente impropia de algo —en este caso una función pública— como medio para conseguir un fin, que, así, resulta accesible o de más fácil obtención, precisamente, por tal uso desviado de ese recurso.

En los hechos de la sentencia es claro que la instalación del sistema de escuchas se debió al CESID, que pudo realizarla por su notable capacidad operativa y disponibilidad de medios; que, es obvio, no estaban al alcance de cualquiera. Como lo es también que los implicados en los distintos planos de esa actuación criminal operaron en su calidad de directivos —como se verá— y agente del instituto, sin la que tal clase de intervención no habría podido darse. Así, pues, en todos los supuestos y, por ello, también en el de este recurrente, la actuación reprochada sólo se explica por la condición funcionarial y la integración en el CESID. De este modo, queda fuera de toda duda que esa calidad pública, legalmente preordenada a la realización de fines compatibles con el vigente orden jurídico, fue objeto de un uso instrumental ilegítimo, objetivamente ajeno y extraño al cometido institucional, y tipificado como delito. Es por lo que la aplicación del artículo 198 CP goza de pleno fundamento, y el motivo no puede estimarse.

Segundo.—Se ha alegado también infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º LECrim, por quebrantamiento de las disposiciones transitorias 1.ª y 2.ª de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, al haberse aplicado los artículos 197 y 198 del nuevo texto y no los artículos 192 bis o 497 bis del derogado. El argumento es que lo único que relaciona al que ahora recurre con la vivienda de X, 6, 1.º izda. es una factura del año 1992, y que, siendo así, es este dato el que tendría que haber determinado la norma aplicable.

Pero al discurrir así se pierde de vista que en los hechos probados B. resulta asociado a la actividad de escucha allí descrita en todo el curso de su desarrollo, que, claramente, se proyecta en el tiempo más allá de la entrada en vigor del Código Penal de 1995. Por otro lado, tal aspecto de la decisión tiene un consistente fundamento probatorio que en la sentencia se expone con el debido detalle. En efecto, al tratar de la autoría, en el caso de este recurrente, se señala cómo la factura aludida acredita su vinculación a la vivienda ya en 1992, mientras que existen indicios consistentes de que, con posterioridad y hasta 1998, siguió residiendo en Vitoria y percibiendo su sueldo del Ministerio de Defensa, en su calidad, pues, de integrante del CESID y vinculado a la actividad de que se trata. Es por lo que el motivo resulta inatendible.

[...]

b) Recurso de E.M.

Cuarto.—Se ha aducido infracción de los artículos 197, 198, 15 y 16 CP, pues —se dice— los hechos realmente probados no pasarían de ser actos preparatorios impunes. El argumento es que el umbral del *iter criminis* del artículo 197.1 CP se sitúa en el momento de manipulación de la línea y aquél se perfecciona cuando la instalación del aparato de interceptación queda listo para cumplir automáticamente su función sin previa ni nueva actuación del instalador. Y en este caso no existen pruebas de que se hubieran realizado grabaciones.

El motivo es francamente inatendible, al ser de infracción de ley y en vista de que en los hechos probados consta con total claridad que se instalaron los equipos de escucha y que fueron efectivamente utilizados para esta finalidad específica, con resultados ciertos de escucha. A este respecto, el precepto del artículo 197.1 CP no puede ser más claro en sus previsiones: que se entienden realizadas con la mera ejecución de la conducta de utilización de artificios técnicos de escucha [...] grabación o reproducción para estas finalidades específicas.

Quinto.—Aquí la objeción es de infracción del artículo 28 CP, al no ser el recurrente autor material ni participe de los hechos delictivos; y se formula para el caso de no estimarse el motivo precedente.

Pero la cuestión que ahora se plantea tampoco puede ser atendida, puesto que parte de un presupuesto que contradice abiertamente los hechos de la sentencia recurrida, donde se afirma con total claridad que A.M. «conoció, apoyó y facilitó los medios necesarios para realizar» la actividad ilegal de que se trata. Forma de obrar esta que, en la perspectiva del artículo 197.1 CP, siempre daría satisfacción a las exigencias del artículo 28 CP, siquiera a las expresadas en la letra *b*) del segundo apartado.

d) Recurso del Fiscal.

Lo ha interpuesto, al amparo del artículo 849.1.º LECrim, por el único motivo de indebida aplicación del artículo 28 en relación con el artículo 197.1.º y 198 CP, en los casos de J.C. y E.M.

En la sentencia de instancia se lee que este último «conoció, apoyó y facilitó los medios necesarios para realizar» la actividad ilegal que motiva la condena. Mientras al primero se le atribuye que «conoció la existencia del operativo audiotécnico desplegado sobre la sede de H. B. Y adoptó las medidas precisas para asegurar la ejecución de la misión al igual que su predecesor».

Como ya se ha dicho en el momento de examinar los motivos de idénticas características formulados por las defensas de estos recurrentes, la impugnación fundada en supuesta infracción legal es inatendible en presencia de tales presupuestos fácticos, a los que hay que atenerse de manera inexcusable. Pero es que, además, y saliendo así al paso de algunas consideraciones del recurrente sobre la prueba —francamente impertinentes en el contexto del motivo— concurren también datos probatorios de cargo, que prestan el más consistente fundamento a las imputaciones relativas a ambos recurrentes, como asimismo se ha hecho notar con detalle bastante en otros momentos de esta resolución. Por ello, la objeción no puede estimarse.

e) En conclusión.

Por todo lo razonado es mi criterio que deberían desestimarse todos los recursos planteados, y no sólo el de Mario C. y el del Abogado del Estado, confirmando en su integridad la sentencia de instancia.

ARTÍCULO 202

La separación legal de un matrimonio, que atribuyó a uno de los cónyuges la que fuera vivienda familiar, fue incumplida por el marido que entró en la casa por una ventana, trepando, cometiendo el delito de allanamiento

Primero. [...] El artículo 202.1 del Código Penal aplicado por el Tribunal de instancia sanciona como autor de un delito de allanamiento de morada al particular que sin habitar en ella entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador. Situación que claramente se describe en la narración fáctica, ya que B.C., cuando realiza la conducta que ahora se sanciona, ya no vivía en el número X de la calle X, sino en otro piso diferente, según manifiesta, en compañía de una hermana.

Constando la voluntad contraria del morador a dichas entradas no sólo de sus propias manifestaciones, sino por las de M.S.G.G., que materialmente realizó el cambio de las cerraduras (folio 190). Sin que a ello se oponga el que la separación real y efectiva de los cónyuges no haya tenido reflejo judicial.

En este sentido la sentencia de 14 de enero de 1993, examinando una situación de larga convivencia que equipara a la relación conyugal, estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y condena como autor de un delito de allanamiento de morada a quien, habiendo cesado hacía algún tiempo tal situación de convivencia, penetra en la vivienda tras manipular las persianas de la casa hasta que éstas cedieron, afirmando que el procesado «hubo de forzar los obstáculos dispuestos por la morada para impedir o dificultar el acceso a su vivienda». Situación que aparece con una mayor claridad en el caso ahora enjuiciado, aunque en él no se haya aplicado el apartado 2 del artículo 202.

(Sentencia de 4 de junio de 2004)

ARTÍCULOS 237 y 239 *IN FINE*

Acceso a recinto donde se encuentra cajero automático mediante tarjeta sustraída ejerciendo violencia contra su dueño: Se comete robo con fuerza en las cosas en su modalidad de empleo de «llave falsa» cuando se accede a fondos de otro, utilizando una tarjeta ajena tanto para acceder al recinto donde está el cajero como para sacar el dinero del mismo

Primero.—El Fiscal ha denunciado infracción de ley, de las del artículo 849.1.º LECrim, por inaplicación de los artículos 237, 238.4.º y 239.2.º CP.

La Audiencia Provincial, en la sentencia impugnada, ha entendido que no concurrió delito de robo con fuerza en las cosas, debido a que no hay constancia de que el cajero del que se extrajo el dinero —tras de haber obtenido la tarjeta magnética ejerciendo violencia sobre su dueño— estuviera situado en un habitáculo que hubiera sido abierto, ni de que hubiese sido necesario abrir alguna puerta o compuerta mediante el empleo de aquel instrumento.

El recurrente, citando jurisprudencia de esta Sala, discrepa de tal criterio y considera resuelta la cuestión aquí planteada, merced a la interpretación del artículo 237 en relación con el artículo 239 *in fine* del Código Penal, que asimila «las tarjetas magnéticas o perforadas» a las llaves, cuando se trata de delitos de robo.

Segundo.—El artículo 237 se refiere al empleo de fuerza (típica) para acceder al lugar donde las cosas objeto de apoderamiento se encuentran. Acceder procede del latín «accedere», acercarse. Entre los significados del término, según el DRAE, está «entrar en un lugar o pasar a él». Acceso, por su parte, significa «acción de llegar o acercarse» y también «entrada o paso». A su vez, llegar, que es uno de los sinónimos de acceder, tiene entre sus significados «tocar o alcanzar algo». Relacionando la acción que describen dichos términos con el apoderamiento de las cosas que se encuentran en un lugar, debe comprenderse en su significado gramatical tanto el acceso mediante la entrada física en el lugar como la llegada a su interior, y por lo tanto a las cosas que en él se encuentran, mediante la puesta en marcha de un mecanismo que resulte hábil para extraerlas.

La decisión cuestionada se apoya en que la tarjeta no fue usada «para acceder al lugar donde se encontraba el dinero, sino que es el dinero el que resultó expulsado al exterior de forma mecánica una vez accionado el número secreto en el teclado». De este modo, aquélla, no fue «utilizada como llave para abrir el continente en cuyo interior se hallaba depositado el dinero. No concurre así el supuesto legal de *acceso al interior* de un espacio cerrado, contingencia que, con arreglo al principio de legalidad, desplaza la conducta enjuiciada fuera de la norma punitiva» tomada en consideración.

Tercero. Al razonar así, centrándose de la manera en que lo hace en la consideración del artículo 237 del Código Penal y en la formulación típica «acceder a un lugar», la sala de instancia no tiene en cuenta además las prescripciones del artículo 239 y del 238 del mismo texto legal. En efecto, el artículo 238 considera reos del delito de robo con fuerza, entre otros, a quienes ejecuten el hecho sirviéndose de llaves falsas. El artículo 239, último párrafo, asimila las tarjetas magnéticas a las llaves convencionales. Y el mismo artículo 238, en su número tercero considera fuerza típica el descubrimiento de las claves de objetos cerrados o sellados para sustraer su contenido. Siendo así, y teniendo en cuenta los posibles significados del término «acceder» empleado en el artículo 237, hay que entender que la propia ley penal prescribe que actuar como aquí se hizo es una forma de acceso a los bienes que resulta punible a título de robo, pues se accede a un lugar penetrando en su interior o accionando, con empleo de fuerza típica, en este caso mediante llave falsa, un mecanismo que extraiga el contenido de aquél. De este modo, se da la circunstancia de que el acusado se sirvió de una llave falsa en el sentido legal y del descubrimiento de las claves de un objeto cerrado para acceder o llegar a su interior y apoderarse de parte de su contenido, realizando una conducta típica según los artículos 237, 238 y 239 del Código Penal.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala en la STS de 18 de febrero de 2000 y las que en ella se citan.

(Sentencia de 22 de enero de 2004)

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ A LA SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 2004

A mi entender –y en esto radica la base de mi discrepancia del criterio de la mayoría– el examen de la impugnación obliga a realizar la lectura sistemática de las disposiciones legales que constituyen el referente normativo de los hechos en presencia, en los términos que expondré a continuación.

Primero. El artículo 237 CP usa el término «cosas» para denotar: a) las que son objeto de apropiación, y b) las que son objeto de fuerza. En un precepto en el que la «fuerza» *debe ser* el medio para «acceder al lugar donde éstas se encuentran». Contexto de significado en el que, en realidad, «éstas» son más bien *aquellas*, esto es, las primeras. Pues, en la economía del texto, lo que ha de violentarse es el continente –o incluso el continente de otro posible continente– de los bienes cuya obtención se persigue, que aquí son, siempre, un contenido, inmediato o mediato.

El artículo 239 *in fine*, como se ha dicho, considera «llaves las tarjetas magnéticas». Éstas, como las llaves en general, adquirirán la calidad legal de «falsas» (art. 238.4.º CP) cuando hubieran sido «obtenidas por un medio que constituya infracción penal» (art. 239.3.º CP). Y, al respecto, el artículo 238.3.º CP tiene por autores del delito de robo con fuerza en las cosas a quienes hubieran realizado un acto de

apoderamiento mediante el «descubrimiento de [las] claves» de acceso al lugar en que se hallen los bienes de que se trate. Y, claramente, concibe estas últimas, asimismo, como las propias de «armarios, arcas, muebles...» dotados de «cerraduras» que sea preciso *franquear* (en el sentido de pasar a través de) para tomar las cosas del interior del lugar en que se encuentran. Así, en definitiva, incluso esas claves están pensadas como obstáculo o mecanismo de clausura que es preciso vencer o traspasar, y no como *procedimiento* de uso para la obtención de algún bien, dinero, por ejemplo, a través de un ingenio electrónico de expendición.

Segundo. Del marco prescriptivo configurado por los preceptos que acaba de citarse resulta lo siguiente:

a) Es un elemento *sine qua non* del tipo objetivo del delito de robo con fuerza que la acción verse sobre cosas que se hallen *dentro de* un «lugar». Es decir, de un espacio diferenciado y protegido de algún modo, de manera que no cabe apoderamiento sin entrada en el *interior* del mismo.

b) Las tarjetas magnéticas tienen la consideración de llaves falsas a los efectos del artículo 239 CP.

c) Las «claves» que contempla la ley son las propias de las cerraduras o mecanismos equivalentes de clausura, es decir, de los que cierran el acceso y no de los proyectados como cauce de distribución.

En vista de lo que acaba de exponerse hay que concluir que para hablar de robo en el ámbito normativo de referencia resulta condición típica imprescindible que el apoderamiento se haya producido mediante *la entrada en el interior de algún «lugar»*. De un lugar en el que, por ejemplo, tratándose de dinero, se hallase éste o bien cualquier objeto que lo contenga. Pero siendo claro, en todo caso, que no habría robo con fuerza en las cosas cuando en la conducta inculpada no quepa identificar un segmento de acción que implique alguna forma de acceso de fuera adentro.

Tercero. En el caso a examen y como se lee en la sentencia de instancia, es claro que de los hechos probados no se desprende la concurrencia de esa circunstancia. Pues no consta que hubiera existido —mediante el empleo de la tarjeta— previo ingreso en un recinto cerrado en el que estuviera el cajero y tampoco que el propio teclado se hallase protegido por una cubierta que previamente tuviera que ser *franqueada* de esa misma forma.

De este modo, lo que realmente se produjo fue *la expulsión* de cierta cantidad de dinero por ese aparato, al ser utilizado de forma técnicamente correcta, aunque jurídicamente ilegítima.

Utilizado, por tanto, de una manera que no satisface las exigencias del tipo de robo con fuerza en las cosas tal como aparece descrito en el artículo 237 CP.

Cuarto. Tiene razón el Fiscal cuando afirma que existe alguna jurisprudencia reconociendo a las tarjetas la consideración de llaves. Algo por demás obvio, a tenor de lo que prescribe el artículo 239 *in fine* CP. Pero sucede que la sala de instancia no cuestiona esa calificación legal. Lo que dice es que no basta cualquier uso de alguna de aquéllas para integrar el delito del robo del artículo 237 CP, sino que se requiere un uso dotado de rasgos específicos que en el caso de la causa no concurren.

El recurrente cita en apoyo de su tesis la sentencia de este tribunal de 26 de septiembre de 2001. Pero en ella se sostiene, primero, la asimilación de las tarjetas a las llaves, en los términos del artículo 239 CP. En segundo lugar, algo también descontado: que para que se dé el robo con fuerza en las cosas es preciso «acceder al lugar donde se guarda el objeto mueble». Y, en fin, que en el caso de referencia la tarjeta fue utilizada «para acceder a varios cajeros automáticos». Donde «acceder», según el

Diccionario de la RAE es «tener acceso, paso o entrada a un lugar»; y conforme al *Diccionario del español actual* (Seco-Andrés-Ramos) «llegar a un lugar».

De este modo, lo que esa resolución *dice* en la más recta inteligencia textual de sus propios términos, no difiere en modo alguno de lo sostenido en la ahora recurrida.

Es por todo lo que entiendo que el recurso tendría que haber sido desestimado.

ARTÍCULO 248

Presentar producto pseudofinanciero que carece de autorización administrativa a potenciales destinatarios como una garantía de recuperar el valor de su desembolso por la adquisición de una franquicia de viabilidad cuanto menos incierta: delito de estafa versus contratos civiles criminalizados

Primero. 1. Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley Procesal, se alega la aplicación indebida del artículo 248.1.º del Código Penal.

Aduce el recurrente que el engaño utilizado en este caso no puede considerarse bastante para inducir a error a personas como las que hicieron las inversiones, dada su capacidad económica y su experiencia mercantil, que les obligaba a un mínimo de prudencia antes de hacer inversiones importantes como las que hicieron.

Alega también que si el profesional engañado tenía, conforme a normas reglamentarias escritas o consuetudinarias, un determinado deber de diligencia que no cumple, y precisamente por ese incumplimiento fue eficaz el engaño puede faltar el elemento «bastante» referido al engaño que, en definitiva, de acuerdo con doctrina jurisprudencial, es un concepto relativo que ha de apreciarse *intuitu persona*.

En este caso, «cualquier persona con una experiencia mercantil media sabe que resulta imposible que una compañía, menos si no es una compañía de seguros registrada, puede seriamente asumir el riesgo de pagar no sólo el capital invertido, sino también las ganancias que se esperaban obtener». No se puede concebir «que esta garantía, que acompañaba al contrato principal de franquicia, pueda ser concebida como un ardid o artificio suficiente como para producir un error en los sujetos pasivos».

2. Es doctrina reiterada de esta Sala que los elementos del delito de estafa son: 1) un engaño precedente o concurrente, plasmado en alguno de los artificios incorporados a la enumeración que el Código efectuaba, y hoy concebido con un criterio amplio, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece; 2) dicho engaño ha de ser bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial; 3) producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de la que constituía la realidad; 4) un acto de disposición patrimonial, con el consiguiente perjuicio para el sujeto pasivo; 5) nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio de la víctima, con lo que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente el *dolo subsequens*, esto es, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, y 6) ánimo de lucro, incorporado a la definición legal desde la reforma del año 1983, que constituye el elemento subjetivo del injusto y que consiste en la intención de obtener un enriquecimiento de índole patrimonial que la doctrina juris-

prudencial ha extendido a los beneficios meramente contemplativos (entre otras STS de 13 de junio de 2002).

Antes y después de la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, que reformó profundamente el Código Penal de 1973 en el delito de estafa y desde luego en el Código vigente, el requisito fundamental de esta infracción delictiva es el engaño, que es su elemento más significativo, esencial y definitorio, que marca la diferencia con la apropiación indebida y con el ilícito civil que tendrá que ser necesariamente antecedente, causante y bastante (STS de 30 de enero de 2001).

Antecedente, por cuanto que tendría que preceder y determina el consecutivo perjuicio patrimonial, no siendo aptas para originar el delito de estafa las hipótesis del denominado *dolo subsequens*. Causante, ya que el engaño debe hallarse ligado por un nexo causal con el perjuicio patrimonial, de tal forma que éste haya sido generado por aquél. Y por último, bastante, toda vez que la evolución doctrinal en la actualidad no sigue la teoría objetiva, según la cual la mendacidad en que radica el engaño, debía ser capaz de incidir a error a una persona medianamente perspicaz, sino que se ha adoptado una teoría subjetiva, la que propugna la idoneidad del engaño en cuanto sea suficiente para viciar la voluntad o consentimiento concretos del sujeto pasivo de la argucia en que consista el engaño (en este sentido, SSTS de 4 de febrero de 1998 y de 8 de marzo de 2002).

En el delito de estafa el engaño ha de tener «la entidad necesaria –por decirlo con palabras de la STS, de 26 de junio de 2000– para que en la convivencia social actúe como un estímulo eficaz del traspaso patrimonial», lo que reiteran las SSTS de 13 de junio de 2002, de 24 de enero de 2003 y de 15 de marzo de 2003, y se produjo en el caso enjuiciado, a la luz de esta doctrina como se examinará a continuación.

La estafa, en suma, supone básicamente la configuración de la figura delictiva más clásica de fraude engañoso en general. La doctrina emanada de esta Sala ha ido perfilando sus caracteres, distinguiendo el supuesto delictivo de aquellos otros que, en la frontera del ilícito penal, se desenvuelven dentro de la esfera puramente civil. En definitiva, el dolo civil frente al dolo criminal.

La diferencia entre uno y otro, o la línea de separación entre uno y otro, viene marcada muchas veces a través de los denominados negocios jurídicos criminalizados en los que se simula un propósito serio de contratar para aprovecharse del cumplimiento de la otra parte mientras se incumple deliberadamente el propio.

3. Se explica con expresiva claridad en el fundamento jurídico primero de la combatida que el producto seudofinanciero «Spendback» carecía de autorización o control administrativo y era de conocimiento exclusivo del recurrente que lo presentaba a los potenciales destinatarios como una garantía de recuperar el valor de su desembolso por la adquisición de la franquicia referida a un ámbito de actividad comercial absolutamente carente de contraste y viabilidad cuanto menos incierta. Y es precisamente esa garantía, que ofrece el recurrente, el señuelo –el «gancho definitivo» dice la sentencia– que lleva a las personas que se interesaron por la franquicia, a describirla y a desembolsar el importe establecido como precio de compra de los derechos franquiciados, y que luego se vieron sorprendidos porque el recurrente, lejos de dar el dinero recibido como parte del canon de franquicia, un destino encaminado a hacer efectiva la garantía que ofrecía bajo la denominación «Spendback», se limitó a incorporarlo a su patrimonio, sin que en momento alguno hubiere tenido intención o propósito de realizar las falsas garantías a que se comprometía en nombre de «Jesmar Prestige, S. A.», sociedad constituida en 1994, regida por él, que no desarrollaba ninguna actividad.

Según el relato fáctico «las franquicias ofertadas no tenían atractivo alguno para los potenciales interesados, pues se trataba de una actividad económica absoluta-

mente novedosa y de un proyecto no contrastado». Es lógico que la garantía que ofrecía el recurrente para el caso de un mal fin de las franquicias concertadas se convirtiera en un elemento de cobertura esencial en este caso, y por ello actuara como engaño suficiente para lograr el desplazamiento patrimonial. No tenía el acusado intención de cumplir lo pactado pues no dio al precio recibido para el aseguramiento el destino correspondiente, sino que lo hizo suyo simplemente, y por lo tanto no podía hacer efectiva en su caso la garantía ofrecida.

Como bien dice el Ministerio Fiscal, la maniobra defraudatoria revistió apariencia de realidad y seriedad, y fue capaz de engañar a aquellos comerciantes que firmaron con el acusado absuelto el contrato de franquicia y simultáneamente el de aseguramiento con el recurrente que, por ello, percibió una parte de las cantidades que aquellos contratantes entregaron como «canon de franquicia».

El engaño fue bastante e integró cumplidamente, con los demás requisitos que antes se expusieron, la tipicidad del delito de estafa correctamente apreciado por el Tribunal sentenciador.

El motivo ha de ser desestimado.

(Sentencia de 25 de marzo de 2004)

ARTÍCULO 250

Abogado que abusando de la confianza de un cliente consigue diversas cantidades para inversiones supuestamente muy rentables: delito de estafa de especial gravedad; continuidad delictiva: requisitos

Tercero. El primero y segundo motivo, formalizados al amparo de lo autorizado en el artículo 849.1.º de la LECrim, pueden ser analizados conjuntamente, ya que responden a la propia esencia jurídica de esta censura casacional, como ya hemos adelantado.

Los hechos probados narran cómo el acusado, Eusebio, abogado en ejercicio, que había llevado con éxito la defensa de María Consuelo en su proceso de separación matrimonial, y conociendo su «holgada posición económica», y con «un plan preconcebido y aprovechándose de la confianza personal generada en la referida cliente», convenció a la misma para que le hiciera entrega de diversas entregas de dinero «con el pretexto de efectuar inversiones, de las que recibiría elevados intereses», en una serie de empresas (que resultarían a la postre inexistentes) «y para obtener la adjudicación de un piso que iba a ser subastado, propiedad del acusado». A continuación se describen las diversas entregas y numerarios, y «el día 4 de noviembre de 1996, 2.200.000 pesetas [13.222, 27 euros] para aplicarla a la supuesta subasta de un piso de su propiedad». El acusado ingresó en su patrimonio todos esos ingresos (14.055.000 pesetas, equivalentes a 84.472,25 euros), e ingresó en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales del BBV la cantidad de 8.510,12 euros, como reparación parcial del daño, según consta.

La tesis del recurrente es la siguiente: las cuatro primeras entregas de dinero para inversiones inexistentes, constituirían un solo delito continuado de estafa, y la última, para la supuesta adjudicación del piso embargado, un solo delito (distinto) también de estafa. El primero estaría prescrito, porque la querrela se presentó el día 21 de diciembre de 2000, ya que la última entrega (para inversiones) fue realizada por María Consuelo el día 12 de diciembre de 1995, habiendo transcurrido el plazo legal de cinco

años (art. 113 del Código Penal de 1973 mientras el segundo, no, pues la entrega es de 4 de noviembre de 1996, que debería pensarse como delito simple y no continuado, con la pena mínima.

Con este planteamiento, la cuestión debe estudiarse desde la perspectiva de la prescripción invocada, y desde la homogeneidad del *modus operandi* en el delito continuado, aspecto éste sobre el que pone el acento el recurrente.

Desde la primera óptica, y teniendo en cuenta los parámetros del Código Penal de 1973, el delito de estafa habrá de calificarse como incluido en el artículo 529.7.^a (especial gravedad atendido el valor de la defraudación), con el carácter de muy cualificado (según doctrina jurisprudencial, por valor igual o superior a seis millones de pesetas), que tendría asignada una pena de prisión menor, que al tratarse de un delito continuado (art. 69 bis) podría ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. De esta manera, conforme al artículo 113 de dicho Código Penal, cuando la pena exceda de seis años, la prescripción concluye a los diez años, y no a los cinco, y es claro que la pena imponible lo ha de ser en abstracto y no en concreto, según reiterada jurisprudencia de esta Sala Casacional (véase nuestro Acuerdo Plenario de 29 de abril de 1997). Si nos vamos al Código Penal vigente, de 1995, los hechos, como argumenta la Sala de instancia, son constitutivos de un delito de estafa del artículo 250, circunstancias específicas agravantes sexta y séptima, y en consecuencia, la pena de prisión recorre la banda cuantitativa de uno a seis años y multa; el artículo 131 del propio texto legal, dice entonces que corresponde una prescripción de diez años, porque la pena de prisión asignada al delito tiene una extensión (en abstracto, siempre) de «más de cinco» años (y menos de diez).

La construcción conjunta de los hechos favorece, pues, al recurrente.

Desde la perspectiva de la homogeneidad del delito continuado por afectar o no a un mismo *modus operandi*, hemos dicho reiteradamente que para que pueda apreciarse delito continuado es preciso que concurren los siguientes requisitos: *a)* pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales; *b)* concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos; *c)* realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía; *d)* unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas; *e)* unidad de sujeto activo; *f)* homogeneidad en el *modus operandi* por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines (SSTS de 11 de junio de 2001, de 2 octubre de 1998, de 1 de marzo y de 6 de noviembre de 1995, y de 21 de octubre de 2002).

Aunque como se afirma en la sentencia de esta Sala, invocada por el recurrente, «no cualquier repetición de hechos similares constituye un delito continuado y sobre todo no cualquier sucesión de hechos punibles similares puede ejercer efecto neutralizante de la prescripción» (Sentencia de 4 de julio de 1997), el acento debe ponerse en que en los hechos enjuiciados se aprecie un dolo de continuidad, con existencia de un plan preconcebido o aprovechándose de idéntica ocasión (obsérvese que en la resolución judicial comentada el lapso temporal se situaba entre 10 y 11 años, entre la adopción de los acuerdos y la iniciación del procedimiento judicial). Tampoco es aplicable la doctrina legal resultante de la Sentencia de 14 de enero de 2003, porque ésta habla del «enorme distanciamiento en el tiempo» y en una «diferente concepción del proyecto apropiativo», aunque existan algunas analogías ciertamente. Lo decisivo en el delito continuado (construcción jurídica autónoma, con propios perfiles, y que no responde ya, como en su origen, a una especie de *pietatis causa*) es que el proyecto

inicial del autor, con dolo de continuidad, se va ejecutando en diversas fases delictivas, cada una de ellas con entidad propia, en cierta proximidad temporal y aprovechamiento de un homogéneo *modus operandi*. En el caso de la estafa que enjuiciamos, consigue el acusado ganarse la confianza del sujeto pasivo (María Consuelo), para ir obteniendo diversos desplazamientos patrimoniales, dentro del marco de actuación engañosa del autor, como asesor legal de la defraudada, en fechas siempre próximas (19 de enero de 1994; 24 de noviembre de 1995; 7 de diciembre de 1995; 12 de diciembre de 1995; y 4 de noviembre de 1996). No puede mantenerse que el *modus operandi* sea diverso porque en unos casos se aprovecha de unas inversiones inexistentes, cuanto en otros se obtiene el dinero so pretexto también de otra inversión distinta, ésta relacionada con la adquisición de un bien en una subasta judicial. Siempre se trata de aprovecharse del ofrecimiento a María Consuelo de «inversiones», para obtener un ilusorio beneficio económico, a la postre defraudado por el engaño desplegado. Y concurre aquí también, aunque ello no sería preciso, unidad de sujeto pasivo (o de víctima), que es lo que caracteriza, en el supuesto analizado, que nos encontremos ante un mismo dolo de continuidad: dicha víctima es sucesivamente engañada con diversos mecanismos —si se quiere—, pero siempre enmarcado dentro de un mismo contexto de confianza que favorece la comisión delictiva y que le proporciona las diversas ocasiones para defraudar a aquélla. Del mismo modo que no tendría sentido que por tratarse de una u otra clase de empresa para la ilusoria inversión, variase el *modus operandi*, tampoco lo tiene que cuando se trata de la falsa adquisición de un bien inmueble, se rompiera tal construcción unitaria, y ello porque en ese caso se aprovecha también idéntica ocasión de volver a engañar a la misma (siempre) víctima. Buena prueba de ello es el documento suscrito de propia mano del recurrente (véase folio 27), en donde «asume todas las obligaciones derivadas de mi intervención en operaciones dinerarias con agrupaciones o inversiones inmobiliarias de Aragón o con cualquier otra persona o entidad en nombre de doña María Consuelo», y se dice también: «igualmente se incluye en dicha obligación asumir lógicamente el préstamo personal efectuado al deponente», argumento que refuerza, incluso con propios actos del acusado, que estemos en unas actividades fraudulentas que deben tenerse por unitarias (dolo unitario) en relación con la víctima, sin que proceda su descomposición.

(Sentencia de 24 de abril de 2004)

ARTÍCULO 252

Administración desleal o fraudulenta: concepto y relación con el delito societario. Presidente y consejero delegado otorgante de un contrato simulado en el que se pactaba elevadísima retribución por un inexistente servicio; especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica que deje a la víctima o a su familia: inexistencia: empresa perjudicada que al poco tiempo entra en suspensión de pagos: no puede asegurarse que se deba a la acción delictiva y no a otros factores económicos; es cooperador el receptor del dinero apropiado: su colaboración no se produce con posterioridad a los hechos, sino que marca

justamente su consumación. Delito de falsedad al simular un documento de manera que induzca error sobre su autenticidad: existencia: creación de documento que simula la existencia de un contrato o relación jurídica inexistente con el propósito de justificar o dar cobertura a un pago: no es falsedad ideológica despenalizada; el contrato simulado, memorándum y cartas contractuales: constituyen medio de un único propósito defraudatorio y serían inocuos por separado.

Tercero. El octavo motivo formalizado invoca el artículo 849.2 LECrim. para denunciar error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación de la Sala, sin estar contradichos por otros elementos probatorios. Se refiere al acusado absuelto por el delito de apropiación indebida N. y L. y tiene el apoyo del Ministerio Fiscal.

Previamente debemos señalar la falta de correspondencia entre el enunciado y el desarrollo del motivo. Mediante la denuncia del error de hecho se trata de añadir, modificar o suprimir la cuestión de hecho partiendo de documentos «litosuficientes» existentes en la causa que evidencien una equivocación de dicha naturaleza por el Tribunal de instancia. Sin embargo, lo que en realidad se suscita es un error de derecho, es decir, la falta de subsunción de los hechos probados en relación con el mencionado acusado bajo el tipo de la apropiación indebida por falta del elemento subjetivo, del dolo o conocimiento del destino del dinero en definitiva distraído. Es cierto que el acusado en su escrito de impugnación del motivo aduce razones formales, citando incluso el artículo 11 LOPJ, para oponerse a la admisión del motivo tal como está planteado. El Ministerio Fiscal ha invocado incluso la doctrina de la voluntad impugnativa. Sin embargo, la cuestión no es otra que la posible existencia de indefensión por parte del recurrido (una cosa es que exista una mera irregularidad procesal y otra distinta que ello implique la vulneración de un derecho fundamental), lo que en absoluto puede entenderse, y así es si tenemos en cuenta que todo el desarrollo del motivo se dirige a denunciar la falta de subsunción antedicha sin proponer cambio alguno que altere la relación de hechos y que dichos argumentos han sido contestados sin traba alguna por el acusado. Es preciso recordar la doctrina casacional según la cual los elementos subjetivos del tipo se infieren a partir de los hechos objetivos manifestados en el *factum* y su adecuada vía en este trance es la del artículo 849.1 LECrim. De esta forma, cuando la acusación particular cita como documentos casacionales las cuentas anuales de la sociedad Wardbase, el requerimiento de pago de ésta a Torras Papel la carta de N. al coacusado R., o la de éste al anterior, o el contrato entre Wardbase y Torras Papel no está señalando otros hechos que no hayan sido considerados y reflejados ya por la Audiencia directamente en el *factum* o en los fundamentos jurídicos, siendo lo pretendido inferir de los mismos el dolo negado por el Tribunal de instancia.

El tipo de administración desleal o fraudulenta castigado en el artículo 535 CP derogado, y hoy en el vigente artículo 252, según la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que se remonta a las SSTs de 7 y 14 de marzo de 1994 y de 9 de octubre de 1997, y siguiendo, entre otras, por las de 3 de abril y 17 de octubre de 1998, 12 de mayo, 14 de julio y 21 de noviembre de 2000, 16 de febrero y 29 de mayo de 2001, 7 y 26 de noviembre de 2002 ó 16 de septiembre de 2003, aparece yuxtapuesto al tipo clásico de apropiación indebida, caracterizado por la apropiación de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, consistiendo en la gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya

disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que el mismo ha quedado incorporado a su patrimonio sino únicamente el perjuicio patrimonial del administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función, es decir, el tipo no conlleva necesariamente el *animus rem sibi habendi*, aunque tampoco lo excluya, sino que sólo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal. Debemos insistir que esta doctrina es aplicable al artículo 252 Código Penal de 1995, sin que la existencia del tipo previsto en el nuevo artículo 295 (en el capítulo destinado a los nuevos delitos societarios), que contiene una penalidad más benévola, signifique una corrección del doble contenido típico del precepto que sanciona la apropiación indebida (apropiarse o distraer), siendo un tipo que prevé conductas no incluíbles en el primero (perjuicios patrimoniales sin distracción de fondos en el ámbito societario), de forma que si hay distracción concurrirá siempre el tipo de la apropiación indebida, pero esta cuestión ni siquiera ha sido suscitada en el presente caso.

Teniendo en cuenta el genuino fundamento del presente motivo se debe partir de la intangibilidad de los hechos probados al objeto de revisar la corrección de la inferencia de la Sala de instancia a propósito de la concurrencia o no del dolo del acusado. Así, se afirma para empezar que N. era Presidente de Torras Papel, S. A., procediendo de Torras Hostench, S. A., y «también actuaba como Consejero Delegado del Grupo Torras, S. A.». Igualmente se consigna que el acusado mencionado «firmó un contrato privado en nombre de Torras Papel, S. A. con Wardbase, de arrendamiento de servicios, consistente en que Wardbase prestaría el asesoramiento necesario para que la planta papelera de Bélgica pudiese entrar en funcionamiento, fijándose un precio de 2.000.000.000 de pesetas En el contrato además, en lugar de indicar el año 1992, se hizo constar la fecha de 4 de septiembre de 1989, que no correspondía a la realidad. Wardbase no tenía infraestructura para prestar ese tipo de asesoramiento, y no realizó actividad alguna en cumplimiento de ese contrato». Como consecuencia de lo anterior se requirió a Torras Papel reclamando el pago de la cantidad citada en nombre de Wardbase «en el que se hacía constar que esa sociedad había cumplido su contrato en relación a la planta de producción de papel, junto a la factura», constando otro requerimiento posterior del abogado de la última sociedad mencionada. Entonces el acusado se dirigió al también coacusado R. para que el abono de la cantidad objeto del requerimiento se llevase a cabo desde el Grupo Torras, S. A., aceptando el coacusado dicha propuesta. Es cierto que la Audiencia inserta en el *factum* determinadas inferencias como que N. no consta que conociese los planes de R. «más allá de facilitar la remisión del dinero sin contraprestación a la empresa Wardbase, que sabía vinculada al Grupo Torras», o que conocía que Wardbase era una sociedad vinculada al Grupo Torras, S. A., lo que traslada a los fundamentos jurídicos razonando que el acusado «sabía que el contrato con Wardbase era simulado, y que esa sociedad no había prestado ningún servicio a Torras Papel, S. A., que hubiese de ser abonado, pese a ello firma el contrato en nombre de Torras Papel, S. A., y, al recibir los requerimientos de pago, se dirige a F. R. en el escrito que se menciona en los hechos probados de 7 de mayo de 1992. Sin embargo no tiene relación con M. P., ni existe indicio alguno de que pudiese saber que el destino final de los fondos no era la propia Wardbase Ltd.; así, aunque afirma que no dio mayor importancia a ese pago, pues se trataba de una simple salida de fondos al extranjero a otra sociedad del Grupo, mientras que su versión del juicio no concuerda con las anteriores, en las que pretendía hacer creer que consideró el servicio de Wardbase Ltd. real, lo cierto es que, al no tener ningún elemento que permita extraer otras conclusiones, no habiendo recibido ningún beneficio

personal con la operación, debe aceptarse que su conocimiento pudo no alcanzar que con esta actuación F. R. pretendía sacar fondos de Kio y hacerlos llegar a M. P.».

Pues bien, el razonamiento no se ajusta a las reglas de la lógica y el motivo debe ser estimado, pues los hechos objetivos permiten subsumir la conducta del acusado en el tipo cuya aplicación se pretende.

En primer lugar, porque la argumentación referida a la no obtención de beneficio personal del acusado en esta operación es inane, si tenemos en cuenta los requisitos del tipo objetivo ya señalados. En segundo lugar, no puede olvidarse que el acusado no sólo era Presidente de Torras Papel, S. A. sino consejero-delegado del Grupo Torras, S. A., y por ello su deber alcanzaba también a la administración leal de esta última sociedad. En tercer lugar, intervino como otorgante de un contrato simulado en el que se pactaba la retribución inexistente de un servicio en favor de una sociedad que carecía de infraestructura para prestarlo y efectivamente no lo prestó, sociedad vinculada al Grupo Torras, S. A., del que insistimos era consejero-delegado. Igualmente desplegó una actividad eficiente al objeto de que el dinero pactado por el inexistente servicio fuese transferido desde la cabecera del Grupo a Wardbase. Pues bien, las conductas objetivas reflejadas son constitutivas del delito de apropiación indebida en la medida que el acusado conocía en todo caso la disposición de los fondos sin que hubiese causa para ello, asumiendo una gestión fraudulenta por cuanto tampoco la Sala da por probado que el Presidente de Kio (dueña del 80 % de Torras) hubiese autorizado dicha disposición (página 25 de la sentencia de la Audiencia). Por otra parte, tampoco es excusable la conducta del administrador que afirma desconocer unos hechos cuando debió conocerlos teniendo en cuenta las funciones desempeñadas por el mismo, y en este caso su participación en la forma relatada le hace acreedor del reproche interesado, pues no es leal la administración así desempeñada: protagoniza la conclusión de un contrato simulado con la única finalidad de dar cobertura a una disposición dineraria ajena al tráfico mercantil de las sociedades administradas. Ello es suficiente para estimar el dolo propio del tipo de distracción tal como ya hemos indicado más arriba. Pero incluso de los hechos objetivos se infiere su conocimiento completo de la trama y el destino probado de la suma dispuesta, teniendo en cuenta la relevancia de sus funciones societarias y el perfil de aquella y su consistente intervención, no procediendo la ratificación del juicio de la Audiencia por ilógico. Por último, el hecho que desde el 7 de mayo de 1992 cesase en su actuación no es incompatible con lo anterior si tenemos en cuenta que se relata un delito colectivo en el que cada partícipe desenvuelve el papel asignado conforme a un plan preconcebido y lo relevante es la eficiencia de dicha intervención en el momento previsto, con independencia que la consumación del delito, es decir, el momento en que la distracción fue irreversible, tenga lugar días después.

El motivo, por ello, debe ser estimado.

Cuarto. También por la vía de la ordinaria infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim el motivo nono denuncia la inaplicación de la circunstancia sexta del artículo 250.1 del Código Penal de 1995, en su modalidad de especial gravedad del delito de apropiación indebida atendida la situación económica en que se deje a la víctima, que se corresponde con la circunstancia quinta del antiguo artículo 529 del Código Penal de 1973 (colocar a la víctima en grave situación económica). Se aduce que el Grupo Torras tuvo que suspender pagos breve tiempo después de la denominada «operación Wardbase».

Es cierto que en el *factum*, apartado segundo *in fine*, se hace constar que «en diciembre de 1992 se declaró la suspensión de pagos del Grupo Torras S. A.». Sin embargo, lo que no se afirma es que dicho estado mercantil fuese consecuencia directa de la disposición de los 2.000.000.000 de pesetas. La consignación acotada

puede ser un indicio pero por sí sólo no es suficiente para fijar la sustancia fáctica que determina la aplicación de este subtipo agravado. El resto de las inversiones económicas o la propia situación de esta naturaleza de la empresa cabecera del Grupo no se constata. Lo que no sirve por sí sólo para desestimar la agravación es el hecho de que Kio (matriz) no fuese declarada en suspensión de pagos o que se trate de una persona jurídica.

El motivo se desestima.

Octavo. El siguiente motivo utiliza la vía de la ordinaria infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim. para denunciar la indebida aplicación de los artículos 392 y 390.2 del Código Penal de 1995. En su breve desarrollo plantea la errónea subsunción de la falsedad en el apartado mencionado del artículo 390, –simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad–, pues es un caso de falsedad ideológica impune por tratarse de un particular.

El motivo debe ser desestimado.

Como señala la STS 1302/2002, con cita de numerosos precedentes, tras la celebración del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 26 de febrero de 1999, la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerado bajo la falsedad que disciplina el artículo 390.1.2.º del Código Penal de 1995, que corresponde con lo dispuesto en el artículo 302.9 del Código Penal de 1973. Es cierto que el vigente Código Penal ha despenalizado la falsedad ideológica que afecta a documentos privados o mercantiles cometida por particulares, es decir, faltar a la verdad en la narración de los hechos. Sin embargo, es preciso distinguir distintos supuestos, pues mientras es inequívoca la falta de tipicidad de las declaraciones mendaces hechas por los particulares ante un funcionario público que las documenta, no es lo mismo la creación *ex novo* de un documento que simula la existencia de un contrato o relación jurídica inexistente con el propósito de justificar o dar cobertura a un acto u operación distinta. No es que el documento no sea genuino, pues no supone la intervención de personas distintas a los otorgantes, sino que la mendacidad alcanza a su contenido, y este supuesto está previsto en el núm. 2.º del apartado 1.º del artículo 390 CP, cuando aquélla deja de ser inocua y tiene trascendencia jurídica, de forma que el bien jurídico protegido por el delito de falsedad se vulnera, por cuanto el artificio se endereza a preconstituir una prueba para justificar un hecho oculto u opaco, además de atentar contra la seguridad jurídica propia de las relaciones mercantiles que se manifiesta a través de la circulación y el uso de documentos de esta naturaleza. Esto es cabalmente lo que se describe en el *factum* en relación con el contrato de arrendamiento de servicios suscrito por el recurrente en nombre de Torras Papel, S. A. con Wardbase, representada por Charles Russell. Por ello no existe el error de subsunción que se pretende.

Vigésimo. El undécimo motivo, también «ex» artículo 849.1 LECrim, acusa la aplicación indebida del artículo 302.9 del Código Penal de 1973. Sostiene que se trata de un supuesto de falsedad ideológica, subsidiariamente que la falsedad en todo caso sería inocua y, por último, que la realización de la misma no tenía otro fin que el autoencubrimiento del acusado. Este motivo está en relación con el sexto del presente recurso y con el quinto del coacusado N. que ya hemos examinado. Los argumentos empleados en aquéllos deben darse por reproducidos.

Completando lo ya dicho debemos insistir que en este caso nos encontramos ante una mera alteración del contenido veraz de un documento sino ante la confección de otro que se refiere a un contrato mercantil, cual es el arrendamiento de servicios creado *ex novo* sin soporte real alguno, con la única finalidad de dar cobertura al des-

vío de los fondos fuera del grupo y de sus sociedades vinculadas. El contenido de lo expresado en dicho documento es totalmente falso, y siendo ello así, conforme a la doctrina mayoritaria de la Sala (Pleno no Jurisdiccional de 26 de febrero de 1999), los hechos deben ser incardinados en el artículo 302.9 del Código Penal de 1973 (hoy 390.1.2.º), sin que quepa atender a la falsedad ideológica despenalizada para los particulares en el artículo 392 del Código Penal de 1995, pues la conducta descrita efectivamente está incluida en los preceptos mencionados que excluyen la atipicidad pretendida.

Como ha señalado recientemente la STS 1954/2002, citando la 704 del mismo año, «entre las modalidades falsarias que el Legislador, de modo expreso, estima deben subsistir como punibles, se encuentra la definida en el artículo 390.1.2 del Código Penal de 1995: “simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad”. Es claro que dicha modalidad debe tener un contenido autónomo, como ya ha señalado esta Sala en su sentencia de 28 de octubre de 2000, por lo que no puede referirse únicamente a supuestos en los que se supone en un acto la intervención de personas que no la han tenido, es decir, que se hace figurar como firmante del documento a otra persona diferente de su autor real, pues en tal caso la conducta típica ya está cubierta por la modalidad falsaria prevenida en el número 3 del artículo 390.1. En consecuencia, los supuestos específicos en que resulta típica esta modalidad falsaria, son los de simulación de un documento por el propio autor del mismo, aunque no se haga figurar a personas que no han tenido intervención, es decir, aunque el firmante del documento sea el propio autor de la falsedad. Como señalan las SSTS de 28 de enero de 1999 y de 28 de octubre de 2000, entre otras, la diferenciación entre los párrafos 2.º y 4.º del artículo 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo segundo del artículo 390.1 aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente, criterio acogido en la STS de 28 de octubre de 1997 y que resultó mayoritario en el Pleno de esta Sala de 26 de febrero de 1999».

Igualmente la STS 514/2002 expone que «la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil o mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas. Las SSTS de 18 de noviembre de 1998 y de 28 de enero de 1999 añaden que estos delitos tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba. Cuando la mendacidad documentada afecta al documento en su conjunto porque éste ha sido configurado deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación jurídica inexistente, nos encontramos en un supuesto de falsedad del vigente artículo 390.1.2 del Código Penal».

Como consecuencia de ello la Jurisprudencia mayoritaria de la Sala, por lo que hace a la incriminación señalada (art. 390.1.2.º) no acoge el concepto restrictivo de autenticidad en sentido subjetivo ni identifica documento auténtico con documento genuino, es decir, el delito se comete aun cuando el autor aparente del documento coincida con el autor real (lo que significa que el documento es genuino), pero siendo su contenido inveraz el documento no es auténtico porque acredita una relación jurídica inexistente.

Por lo que hace a la inocuidad de la falsedad olvida el recurrente que el contrato tiene como finalidad justificar la salida de los fondos desde el Grupo a un tercero y no

sólo a efectos externos sino también internos, es decir, cubrir dicho movimiento desde la posición que como Vicepresidente ocupaba en el Grupo el acusado. Lo cual conlleva evidentemente la falta de consistencia de la alegación según la cual la falsedad es impune porque fue realizada con fines de autoencubrimiento cuando sucede precisamente que es un instrumento o medio para alcanzar el fin propuesto, la distracción de los fondos.

Por ello el motivo debe ser desestimado en su integridad.

Vigesimotercero. El siguiente motivo formalizado, vía artículo 849.1 LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 535 CP/1973, en relación con el 14.3, por «falta de los elementos objetivos y subjetivos que requiere», ocupándose de impugnar la concurrencia de estos últimos cuando sostiene que «lo que a todas luces no se infiere de los hechos que se dan como probados es el conocimiento y el ánimo propios de la participación». Se argumenta que por parte del recurrente se describe una conducta regular como receptor de una cantidad, siendo cuestión distinta que R. se aproveche de ello para cometer un delito; que el partícipe debe saber que su voluntaria aportación lo es a la comisión de un delito por parte de otro (dolo del partícipe); que la mera aportación causal no se castiga; insistiendo nuevamente en que R. era su deudor. La respuesta a este motivo viene ya dada en el anterior fundamento que contesta a la presunción de inocencia suscitada. Alcanzada la conclusión de que la convicción de la Sala de instancia se fundamenta en una inferencia lógica y racional sobre la que se soporta la existencia del acuerdo previo entre ambos acusados resulta intangible la existencia del elemento subjetivo del tipo aplicado que es lo que se impugna en el presente motivo, consignándose en el *factum* que «desde la cuenta de Wardbase Ltd, siguiendo las instrucciones que C. L. había remitido a R. se transfirieron 1.900.000.000 de ptas. al banco SOGENAL de Ginebra, a la atención de G., a la cuenta X, sociedad vinculada a M. P., que recibió el dinero, conforme había pactado con F. R.», después de sentar «ante los cambios que se estaban desencadenando, con la guerra primero y posteriormente con las fracturas en el seno de la familia A. S., F. R. en 1992 decidió, antes de dimitir de su cargo, desviar fondos del Grupo Torras, SA, sacándolos al extranjero y dirigiéndolos a M. P. persona con la que en ese momento mantenía fuertes vínculos, personales y económicos. Así tomó la decisión de servirse de aquella inversión en Bélgica, y de una sociedad que Grupo Torras, SA había adquirido en Londres, Wardbase Ltd, simulando la prestación de un servicio, que se llegare a abonar en las cuentas en Suiza de M. P., quien aceptó recibir esos fondos, para después darles un destino que no se conoce», luego el conocimiento del acusado abarcaba la trama en su conjunto.

Por todo ello este motivo debe ser también desestimado.

Vigesimocuarto. También ex artículo 849.1 LECrim se denuncia a continuación la aplicación indebida de los mismos preceptos citados en el anterior, pero en este caso por falta del elemento objetivo del tipo, que exige que la participación del cooperador se produzca antes de la consumación del hecho principal. Aduce el recurso que la gestión desleal de R. tiene lugar anticipadamente a la recepción del dinero por P., aun cuando éste lo supiese con antelación.

Este motivo también debe ser desestimado.

La consumación del delito de apropiación indebida, como exponen las SSTS 1248/2000 y 1329/2003, entre otras, tendrá lugar, tratándose de cosas guardadas en depósito, cuando se produce el apoderamiento de las mismas, y tratándose de la distracción de dinero o bienes, como es el caso, por no darles el destino adecuado o convenido, en la fecha en que debió darse tal destino, en función del hecho concreto, pero en cualquier caso deberá estarse al momento de la exteriorización de la intención definitiva del sujeto activo del delito de distraer los fondos, lo que en este caso sucede

cuando dicha disposición fraudulenta es irreversible por salir del dominio del autor la posibilidad de su control, es decir, según el hecho probado, cuando se transfiere a la cuenta suiza del ahora recurrente. Este conocía la existencia de la trama y consiente en ser destinatario final de los fondos distraídos, cuyo paso por las sociedades intermedias formaba parte del plan concebido y obedecía a las instrucciones dadas por el propio coacusado R. (por ello la distracción es irreversible cuando se ingresa en una cuenta ajena a la disposición, de hecho y de derecho, del mismo).

Vigesimoquinto. El cuarto motivo formalizado, también por ordinaria infracción de Ley, acusa la indebida aplicación del artículo 14.3 del Código Penal de 1973 (se consideran autores los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado) en relación con el 535 del mismo texto, «pues no cabe catalogar como necesaria la supuesta aportación del señor P. a los supuestos reputados como apropiación indebida». El acusado se limita a poner a disposición del autor una cuenta corriente en la que depositar el dinero procedente del Grupo Torras, sin que desde un plano abstracto esta participación pueda considerarse esencial.

Lo razonado hasta ahora y los hechos probados deben determinar la desestimación de este motivo. La participación del cooperador necesario deberá ser examinada a la luz del hecho concreto y no desde una perspectiva abstracta, lo esencial es determinar si en el caso enjuiciado dicha participación alcanza el grado estimado por el Tribunal de instancia (STS 2159/2002). Ello es evidente conforme al *factum*, aún cuando no hayan aflorado las razones últimas del desvío del dinero precisamente a la cuenta del ahora recurrente. Sin embargo, dentro de la elaboración del plan se cuenta con el mismo como destinatario final y ello es lo esencial y lo que justifica la naturaleza necesaria de su participación en los hechos. La cooperación necesaria, como ha declarado la Jurisprudencia, existe en aquellos casos en que concurre acuerdo previo para delinquir, elemento subjetivo que comparte con la complicidad, pero en la primera, cooperación necesaria, se convierten en autores todos los concertados para la actividad delictiva, cualquiera que sea su misión, si su colaboración contribuye objetivamente a la comisión del delito, subrayándose que lo determinante del signo diferenciador entre cooperación necesaria y complicidad radica en la eficacia, necesidad y trascendencia que la actividad haya tenido en el resultado producido. Conforme al plan del autor o autores es necesario por ello distinguir entre la eficacia de los actos realizados por unos y otros partícipes (SSTS 371/2000). En el presente caso se cuenta con el partícipe desde el momento inicial para alcanzar precisamente la finalidad perseguida por el autor que es distraer la suma desviada, lo que constituye el título de imputación aplicado por la Audiencia.

(Sentencia de 2 de febrero de 2004)

ARTÍCULO 275

Comercialización de botellas de vino con falsas etiquetas de denominación de origen: concurso ideal de los delitos de 275 y el de falsedad de etiquetas en concurso medial con estafa que absorbe al delito de publicidad fraudulenta

Primero. La sentencia recurrida condenó a D. Augusto y a D. Jaime como coautores de dos delitos, uno de publicidad fraudulenta (art. 282 CP) en grado de tentativa, por el que les impuso sendas penas de tres meses de prisión que quedaron

sustituidas por otras de veinticuatro arrestos de fin de semana; y otro de utilización ilegítima de denominación de origen (art. 275), que fue sancionado con seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio de toda actividad profesional relacionada con el cultivo, elaboración o comercialización del vino por el mismo tiempo, además de una multa de seis meses con una cuota diaria de seis euros para cada uno.

Aparecieron en Alemania unas botellas con la denominación de origen calificada de Rioja y con los certificados correspondientes a tal denominación falsificados. Fueron remitidas a España algunas de tales botellas para su examen por expertos. Como consecuencia de tales exámenes se inspeccionaron las existencias de la empresa que las había producido y comercializado, Bodega Vega de Valdeoya, S. L., de la que eran socios únicos los mencionados condenados; y en tal diligencia se detectaron un total de 26.604 botellas de tres cuartos de litro, semejantes a las referidas, dispuestas para su comercialización, que habrían proporcionado a la citada empresa unos ingresos por valor de 7.528.338 pesetas.

Como tal sentencia absolvió de otros dos delitos, uno de estafa y otro de falsedad en documento oficial, ambos de carácter continuado, ahora recurren en casación las dos partes acusadoras, el Ministerio Fiscal por dos motivos que hemos de estimar, y la acusación particular (Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada de Rioja) por ocho, de los cuales también hay que acoger varios de los relativos a infracción de Ley del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, que merecieron el apoyo del Ministerio Fiscal.

Comenzamos examinando los dos motivos primeros del recurso de la acusación particular, en los que se denuncian errores en la apreciación de la prueba, para luego referirnos a los demás, todos amparados en el núm. 1.º del artículo 849 LECrim, los seis restante de tal acusación y los dos del Ministerio Fiscal, que estudiaremos unidos por ser coincidentes en lo esencial. Todo ello porque las cuestiones fácticas son lógicamente previas a las que sólo plantean temas de calificación jurídica.

Segundo. En el motivo 1.º del recurso de la acusación particular, al amparo del núm. 2.º del artículo 849 LECrim, se alega error en la apreciación de la prueba que se dice acreditado por prueba documental consistente en las etiquetas adheridas a las diferentes botellas que fueron incorporadas al procedimiento –e incluso remitidas a este Tribunal Supremo– como piezas de convicción y también reproducidas en los informes periciales mediante fotografías (folios 295 a 304 y 542 a 547 de las diligencias previas) de la que se desprendería, se dice, la comisión del delito de falsedad en documento público u oficial del artículo 392 CP.

Para simplificar, vamos a decir que tiene razón la parte recurrente en cuanto alega en este motivo 1.º; pero, como bien expone el Ministerio Fiscal no es necesaria su estimación, pues los datos que se pretenden añadir al relato de hechos probados a través de esta vía del citado núm. 2.º del artículo 849, aparecen suficientemente expresados en tal relato, de modo que es obligada la condena por delito de falsedad como se razonará después.

Esas piezas de convicción nos permiten el examen directo de la prueba documental consistente en las diferentes etiquetas (tómese aquí esta palabra en sentido amplio y vulgar, luego haremos las precisiones necesarias) adheridas a las correspondientes botellas y comprobar su coincidencia con las fotografías y datos que aparecen en los dictámenes periciales mencionados. En esto hay que dar la razón a la parte querellante. Son documentos aptos para acreditar lo que aquí se nos alega: que en las botellas hay una parte, el anverso, en la que aparece la palabra Rioja, así en letras mayúsculas y grandes, otras con la expresión «denominación de origen calificada», un sello del mencionado Consejo Regulador y una referencia a la empresa embotelladora Vega de Valdeoya, S. L.; pero la constancia de estos datos, repetimos, no es necesaria.

Sabido es cómo la aplicación del artículo 849. 2.º LECrim sólo cabe cuando se trata de acreditar un error en la apreciación de la prueba con determinados requisitos. Y aquí, entre tales requisitos, falta aquí el primero y esencial de todos: no hay contradicción entre lo que documentan y acreditan estas piezas de convicción y lo que se dice en los hechos probados.

Hay que rechazar este motivo 1.º

Tercero. También hemos de desestimar el motivo 2.º del recurso de la acusación particular. Se acoge asimismo al núm. 2.º del artículo 849 LECrim, con la pretensión de que se haga constar en la narración de hechos probados de la sentencia recurrida lo que, se dice, aparece acreditado en las diligencias ampliatorias acordadas unir a las actuaciones con fecha 14 de febrero de 2001, así como por unos exhortos que recogen determinadas declaraciones testificales y por unas pruebas periciales. Todo ello con referencia a aquello que motivó que hubiera de repetirse el trámite de calificaciones provisionales para incluir otros hechos relativos a más botellas de la misma clase y características de las ya referidas (las encontradas en Alemania y en la inspección de las instalaciones de la empresa) que habían sido halladas en determinados establecimientos de Cataluña y Madrid.

Sencillamente, no hay prueba documental en autos que pueda acreditar lo que aquí pretende el recurrente, pues las testificales y periciales (al menos las primeras, imprescindibles probablemente al respecto y no practicadas en el juicio oral como se reconoce en el escrito de recurso –página 7–) no puedan tener eficacia por esta vía procesal (art. 849.2.º).

Tendría que haber existido una prueba más concreta en el juicio oral para que, conforme a ella, la Audiencia Provincial pudiera haber dado como acreditados los hechos de este último episodio, lo mismo que hizo con relación a los otros dos anteriores, el de Alemania y el de la inspección en la bodega de la empresa embotelladora.

En todo caso, en este recurso extraordinario de casación, de motivos taxativamente señalados en la LECrim, ahora notablemente ampliados a partir de la vigencia de nuestra Constitución, no cabe, en contra de los acusados, otra vía de modificación de los hechos probados que ésta del artículo 849.2.º, notoriamente insuficiente para lo que aquí pretende la acusación particular.

Cuarto. Solucionadas las cuestiones de hecho, suscitadas por el cauce del artículo 849.2.º LECrim, pasamos a examinar los otros seis motivos del recurso de la acusación particular que coinciden en parte con los dos formulados por el Ministerio Fiscal, todos ellos amparados en el núm. 1.º del mismo artículo 849, lo que nos obliga a cuantos intervenimos en la casación (recurrentes, recurridos y Tribunal Supremo) a respetar los hechos probados de la sentencia recurrida, a partir de los cuales puede razonarse sobre los temas de aplicación del derecho (art. 884.3.º LECrim). Respeto que, en líneas generales, ha sido observado en el presente caso por las partes que aquí han venido realizando sus alegaciones y que este tribunal también ha de tener.

Quinto. 1. Así las cosas, pasamos al estudio del motivo 3.º del recurso de la acusación particular, coincidente en lo esencial con el 1.º del Ministerio Fiscal.

Ambas partes se fundan en el citado artículo 849.1.º y estiman que hubo infracción de Ley en la sentencia recurrida al haber absuelto a los dos acusados por el delito continuado de falsedad en documento público u oficial del artículo 392 en relación con el 390 CP.

Estos motivos han de estimarse en parte, pues hubo delito de falsedad, además del relativo a la utilización ilegítima de denominación de origen, tal y como razonamos a continuación.

2. No es fácil distinguir entre un concurso de normas (o concurso aparente), regulado en el artículo 8 CP, y el concurso de delitos que en nuestra Ley penal tiene las modalidades de concurso real –diversas acciones con diversos resultados delictivos (art. 73)–, concurso ideal –una sola acción que lesiona diferentes preceptos penales todos aplicables (art. 77)– y concurso medial (también regulado en el mismo art. 77), que es una clase de concurso real aunque sancionado como el ideal, por entender el legislador que esa relación de medio necesario a fin une de tal modo a los varios hechos delictivos que nos obliga a considerarlos como si de una sola acción se tratase.

Aquí el problema se plantea a propósito de si hay un concurso de normas o de delitos entre estas dos infracciones penales, la de falsedad de documento y la de utilización ilegítima de denominación de origen.

El criterio que en definitiva sirve para distinguir el concurso de delitos y el de normas radica exclusivamente en una valoración jurídica. Si el hecho no merece más pena que el castigo conforme a una de tales normas penales en juego, nos encontramos ante un concurso de normas. Si, por el contrario, es necesario aplicar conjuntamente las sanciones previstas en todas esas normas, porque la aplicación de una sola no abarca la totalidad de la ilicitud de la conducta punible, estamos en presencia de un concurso de delitos de alguna de las tres clases que acabamos de mencionar.

Criterio difícil de aplicar en la práctica en algunos casos y ello explica el error en que, en este punto, ha incurrido la sentencia de instancia que, por considerar la falsedad del documento oficial como embebida en el artículo 275 CP, se creyó obligada a aplicar sólo esta norma conforme al núm. 3.º del citado artículo 8.

3. Veamos, antes de continuar, qué ocurrió conforme a ese relato de hechos probados de la sentencia recurrida y conforme a lo que para su mejor comprensión hemos podido comprobar mediante el examen de las botellas que como piezas de convicción aparecen unidas al presente procedimiento, así como de las fotografías de los folios 275 a 304 y 542 a 547: lo autoriza el artículo 899 LECrim, según se deduce de su propio texto.

Tales botellas tienen en el anverso una etiqueta, que es la que aparece expuesta al público en los correspondientes escaparates o estanterías, donde constan los datos que ya dijimos en el fundamento de derecho 2.º de la presente resolución: RIOJA, denominación de origen calificada, un sello y la identificación de la empresa embotelladora: bodega Vega de Valdeoya SL Luego en el reverso (contraetiqueta) o en el cuello de botella (precinta) aparece el documento que sirve para certificar por el consejo regulador correspondiente sobre la calidad de la mercancía en cuanto amparada por la referida denominación de origen.

4. Entendemos que tiene razón la acusación particular cuando nos explica los hechos que acabamos de exponer y también, en parte, cuando extrae de ellos las consecuencias jurídicas correspondientes.

En efecto, con sólo lo que aparece en el anverso, sin necesitar para ello de la mencionada certificación sita en el reverso, o en el cuello, quedan cumplidos los requisitos del artículo 275. Con sólo esas etiquetas y las inferencias que de las mismas y sus circunstancias se derivan, particularmente el gran número de botellas que fueron encontradas, es claro que nos encontramos ante una intencionada utilización ilegítima de una denominación de origen representativa de una calidad determinada, legalmente protegida para distinguir los productos amparados por ella.

En realidad nadie ha discutido la existencia de este delito. Lo que aquí se cuestiona (postura de la sentencia recurrida y de los dos condenados) es si tal delito absorbe el de falsedad.

Consideramos que es preciso acudir al castigo de los dos delitos (utilización ilegítima de denominación de origen y falsedad), porque de otro modo no quedaría cubierta la total ilicitud de las conductas aquí examinadas, razón por la cual nos encontramos ante un concurso de delitos, tal y como acabamos de decir.

Se ha venido considerando por la doctrina un avance la introducción de este tipo de delito específico relativo a la propiedad industrial, aunque algunos lo han criticado por entender que viola la regla de intervención mínima del derecho penal, por la que éste no debe sancionar infracciones de orden menor para las que bastaría la actuación de las autoridades administrativas (*ultima ratio*). En todo caso este delito del artículo 275 apareció en el nuevo CP y entendemos que apareció como una norma compatible con el delito de falsedad. Lo que en modo alguno ha querido el legislador es que la interpretación de una de las normas relativas a estos delitos contra la propiedad industrial pudiera conducir a una exclusión del relativo a la falsedad, como ocurriría de seguir aquí la tesis mantenida en la sentencia de instancia. El legislador quiso robustecer la protección de la propiedad industrial con la introducción de este nuevo tipo del 275, no eliminar el de falsedad. Hay en estos casos dos bienes jurídicos cada uno de ellos amparado en una norma penal diferente. Este artículo 275 protege la propiedad industrial, concretamente el derecho al uso exclusivo de esa denominación de origen. Sin embargo, el artículo 399 ampara la confianza que el ciudadano tiene en una clase particular de documento oficial: el correspondiente certificado.

Es muy expresivo al respecto, aunque no decisivo, el argumento que en este punto nos ofrece la acusación particular que para el caso presente nos distingue, por un lado, las etiquetas que las botellas tienen en su anverso, y, por otro lado, las referidas contraetiquetas o las precintas, que son esos documentos mediante los cuales un organismo oficial, como lo es el Consejo Regulador de Denominación de Origen Calificada Rioja, certifica que esa mercancía, a la que tal documento esta adherido, responde a la calidad exigida para merecer su inclusión en la misma. Hay un algo más que merece una sanción penal añadida. Incluso tales dos documentos pueden no encontrarse a la vez en la misma mercancía.

5. Sin embargo, entendemos que no ha de aplicarse a este delito de falsedad el artículo 392 sino el 399.1 en relación con el 398. El objeto falsificado es la certificación emitida por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja, dependiente del Instituto Nacional de Denominación de Origen que es un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Agricultura, a quien corresponde expedir tales certificados de origen y precintos de garantía, así como el cobro de los derechos correspondientes (arts. 79, 84, 87.5.^a, 90.1 c, y 98 de la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, reguladora del Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes).

Según el diccionario de la lengua publicado por la Real Academia Española, certificar, en la acepción que aquí nos interesa, significa «hacer cierta una cosa por medio de instrumento público». En otro diccionario, el de María Moliner, se dice que es «declarar cierta una cosa, particularmente, hacerlo así un funcionario con autoridad para ello, en un documento oficial».

Certificación o certificado es el documento en el que ese funcionario certifica. Los documentos aquí imitados responden a la perfección a este concepto, en cuanto emitidos por un órgano de la Administración Pública en relación con un servicio de interés general como lo es el relativo a la protección de estas denominaciones de origen. Son desde luego documentos oficiales, pero a efectos penales pertenecen a una determinada clase, los certificados o certificaciones que el legislador ha venido sancionando con penas más leves, lo que tenía su explicación en el CP anterior (arts. 311 a 313) por referirse a certificados de enfermedad, lesión, méritos, servicios, buena conducta, pobreza o de otras circunstancias análogas, pero posiblemente no ahora, si

tenemos en cuenta los amplios términos en que aparecen redactados estos arts. 398 y 399 CP actual (véase la Sentencia de esta Sala de 2 de abril de 2002, fundamento de derecho 6.º). Ha de aplicarse el artículo 399 al haber sido cometido por un particular.

Así pues, estos hechos han de sancionarse como utilización ilegítima de denominación de origen y como falsedad de certificado, en concurso ideal, porque nos hallamos ante un solo hecho constitutivo de dos infracciones: hay que aplicar el artículo 77.

Luego razonaremos sobre la inexistencia de delito continuado y sobre las penas a imponer.

Hay que estimar parcialmente estos dos motivos, el 3.º de la acusación particular y el 1.º del Ministerio Fiscal.

Sexto. 1. Nos referimos a continuación al tema de la estafa y del delito del artículo 282. Aparece planteado en los motivos 4.º y 5.º del recurso de la acusación particular y en el 2.º del Ministerio Fiscal.

Al amparo asimismo del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de Ley con referencia al artículo 282, que se considera mal aplicado por la Audiencia Provincial y a los 248.1, 250.1.5.º y 6.º, habiendo estimado el Ministerio Fiscal que había habido estafa cualificada en grado de tentativa, mientras que la otra parte recurrente dijo haberse consumado tal infracción penal. Ambos han pedido la condena como delito continuado. Pero a esto último nos referiremos después al examinar el motivo 7.º del recurso de la acusación particular referido específicamente a esta materia (delito continuado).

2. Vamos a examinar primero, en este fundamento de derecho 6.º, el llamado delito publicitario del artículo 282 CP y en el siguiente (fundamento de derecho 7.º) lo relativo al de estafa.

Son elementos constitutivos de tal delito del artículo 282 los siguientes:

1.º Sujeto activo ha de ser un fabricante o comerciante. Se trata, por tanto, de un delito especial propio, que en los casos como el presente –persona jurídica como titular de tal condición– requiere la aplicación de la regla del artículo 31 CP, perfectamente adecuada aquí, pues los dos acusados actuaron en estos hechos en representación de tal persona jurídica.

2.º El sujeto pasivo tiene carácter colectivo, los consumidores, según el propio texto del precepto. La conducta delictiva ha de dirigirse a una pluralidad de personas en esa perspectiva propia del delito de peligro que no exige para la consumación del delito perjuicio concreto.

3.º La conducta delictiva exige la concurrencia de los requisitos siguientes:

a) Que con relación a productos o servicios haya una publicidad o una oferta;
b) Que esta publicidad u oferta se haga con falsedad: alegaciones falsas o manifestación de características inciertas sobre tales productos o servicios, nos dice el artículo 282. Este es el elemento central del delito, el que determina la antijuridicidad del hecho.

4.º Este artículo 282 exige la posibilidad de un resultado. Aparece definido como un delito de mera actividad y de peligro. Ha de entenderse, por las características del hecho, que de este comportamiento pueda derivarse un perjuicio grave y manifiesto para el citado sujeto pasivo: los consumidores, con lo cual quedan excluidos de esta clase de delito aquellos casos que por su menor entidad no merezcan la actuación del derecho penal. «Perjuicio grave o manifiesto para los consumidores» quiere decir aptitud para producir graves daños o perjuicios. Una limitación cuantitativa difícil de precisar, pero que en todo caso excluye las infracciones de poca importancia. Muchos

pueden ser los criterios que cabe utilizar para medir y precisar este elemento cuantitativo: la clase del producto que se quiere vender o del servicio que se pretende prestar, pues no es lo mismo la publicidad de una promoción de viviendas que la de unos zapatos; el precio que se quiere obtener a cambio; el número de personas al que se quiere llegar con la publicidad; el medio de propaganda utilizado; la cualidad de los destinatarios del mensaje, particularmente su situación económica, etc.

5.º Por último, es necesario que concurra el dolo, como elemento constitutivo del tipo (o de la culpabilidad) en todos los delitos dolosos, que consiste en una actuación realizada con conocimiento de la concurrencia de esos otros elementos que acabamos de enumerar. Quien actúa con ese conocimiento actúa con dolo, siendo suficiente el dolo eventual.

Conviene añadir que quizá sea posible su comisión en grado de tentativa (así condenó la sentencia recurrida), no así sancionar los actos preparatorios consistentes en conspiración, proposición o provocación, que en el CP actual han de estar expresamente tipificados (arts. 17 y 18) y no lo están con relación a esta infracción. La dificultad radicará aquí, como siempre, en distinguir el inicio de la ejecución, punible como tentativa, respecto de los actos preparatorios no punibles.

3. Parece que en el caso presente siempre habría de faltar el elemento cuarto antes referido, que establece un límite para estos delitos, mediante el cual excluye aquellos casos en que no existe posibilidad de causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores.

Ahora bien, aun en el supuesto de que realmente hubieran concurrido los requisitos exigidos en el artículo 282, nunca habría habido aquí este delito de publicidad falsa, simplemente porque habría quedado absorbido por el delito de estafa por el que hay que condenar como veremos en el fundamento de derecho siguiente. Nos referimos a este caso concreto en que, como luego veremos la falsa publicidad fue el único elemento constitutivo del engaño mediante el cual la estafa fue cometida. Se lesionaría el principio «non bis in idem» si tal publicidad engañosa fuera tenida en cuenta para condenar por estafa y también por este otro delito del artículo 282. Otra cosa podría ocurrir cuando para configurar ese engaño, esencial en la estafa, hubieran concurrido otros elementos diferentes a esa publicidad falsa y aptos para provocar el error en la persona que realiza el acto de disposición perjudicial para él o para otra persona (art. 248.1).

Así pues, la concurrencia del delito de estafa, conforme exponemos a continuación, obliga a aplicar el núm. 3.º del artículo 8 CP, en cualquier caso, es decir, aunque considerásemos que efectivamente habrían concurrido todos los elementos del delito del artículo 282. Conforme a tal artículo 8.3.º han de sancionarse estos hechos sólo con la aplicación de esas normas correspondientes al delito de estafa.

El delito de publicidad falsa (art. 282), cuando ya la estafa se ha iniciado en su ejecución (tentativa o consumación) y el engaño radica sólo en tal publicidad falsa, queda absorbido en ésta (la estafa), porque pasa a integrarse en el engaño, elemento central de esta última infracción.

Así pues, en cualquier caso no hubo aquí delito del artículo 282.

Séptimo. Pasamos ahora a referirnos al delito de estafa para afirmar su existencia en el caso presente en calidad de delito consumado. Dejamos para después las cuestiones relativas al delito continuado (fundamentos de derecho 8.º y 9.º de la presente resolución) y a las penas a imponer (fundamento de derecho 10.º).

A) Veamos en primer lugar cuáles son los elementos de la estafa ordinaria como infracción criminal conforme a la definición que nos ofrece el artículo 248.1, así como su aplicación al caso presente:

1.º Ha de existir un engaño, es decir, una actividad falaz dirigida a producir un error en el sujeto pasivo, lo que constituye el requisito primero y fundamental para esta infracción. Nadie ha puesto en duda su concurrencia aquí, consistente en esa conducta falsaria de aparentar una denominación de origen y una calidad de vino que no existían. Esto lo reconoce la propia sentencia recurrida (fundamento de derecho 6.º, página 27). Es el mismo engaño que formaba parte del delito del artículo 282 por el que la Audiencia Provincial condenó, como acabamos de decir.

2.º Este engaño ha de ser bastante para provocar el error del sujeto pasivo. También concurrió aquí este requisito, pues no cabe pensar que la persona que contratara con la sociedad vendedora, respecto de una mercancía con denominación de origen y de unas características determinadas y en consecuencia a un precio concreto, lo hubiera hecho en tales condiciones de haber conocido la mencionada falsedad. Por la forma en que se preparó el etiquetado de las botellas, ampliamente explicado en los hechos probados de la sentencia recurrida, es claro que el engaño era apto para confundir a los sucesivos adquirentes en la cadena del mercado. Había una evidente apariencia de verdad en tal etiquetado falso.

3.º Este engaño bastante ha de producir un error en el sujeto pasivo. Es el reverso de los elementos que acabamos de examinar, el engaño bastante visto en el efecto que produce en la persona que contrata con el sujeto activo, en este caso la persona que compró la mercancía falsificada para distribuirla en Alemania.

4.º Tal sujeto pasivo ha de realizar un acto de disposición, aquí el pago del precio de vino vendido.

5.º Acto de disposición en perjuicio del disponente o de otra persona. En este punto radica el error de la sentencia recurrida, que sirvió de fundamento para absolver por estafa y condenar sólo por el delito del artículo 282, cuando nos dice que no quedó acreditado perjuicio alguno en el patrimonio concreto de ningún consumidor (sentencia recurrida págs. 29 a 32). En esto se apoyó el Ministerio Fiscal para calificar el delito como tentativa. Pero sí existió perjuicio en la persona o personas de quienes adquirieron la mercancía falsificada de manos de la empresa vendedora. Luego razonaremos sobre este tema.

6.º Y en cuanto a los elementos subjetivos del injusto, existió el dolo o actuación con el conocimiento de la concurrencia de esos otros cinco requisitos que acabamos de relacionar y, además, todo este comportamiento estuvo presidido por esa especial intención exigida para esta clase de delito, el ánimo de lucro en sus autores. Ninguna duda existe ni se ha planteado sobre la concurrencia de estos dos elementos de orden subjetivo. Incluso se produjo un lucro efectivo por la inferior calidad de la mercancía (hechos probados, págs. 7 y 8 de la sentencia recurrida).

B) Así pues, concurren en el caso presente todos los elementos que acabamos de enumerar.

Veamos aquí un problema concreto que viene suscitado por la sentencia recurrida al absolver por delito de estafa en base a una argumentación que no cabe aceptar.

No conocemos la identidad del sujeto pasivo del engaño, esto es, la persona o personas que contrataron desde Alemania con la empresa vendedora Bodega Vega de Valdeoya, S. L. para la importación de las botellas de vino falsificadas. Sabemos que tal contratación existió, pues así lo dice la sentencia recurrida en sus hechos probados cuando nos habla de la comercialización del vino en Alemania (pág. 2), habiéndose detectado allí en unos supermercados las tan repetidas falsedades y habiéndose remitido a España por una empresa alemana contratada al efecto cinco botellas halladas en esos supermercados situados en Munich y Colonia (sentencia recurrida, págs. 3 y 4).

Aunque no sea conocida la identidad o identidades de estas empresas importadoras, ello no puede afectar a la realidad del delito. Sean quienes fueran estos compra-

dores, lo cierto es que existieron. Estos son los sujetos pasivos y los iniciales perjudicados, al haber recibido una mercancía con denominación de origen falsificada y de inferior calidad. Puede que, como se afirma en el escrito de recurso (págs. 16 y 17), tales importadores lo fueran los tres supermercados que aparecen designados en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida (pág. 3), aunque lo más probable es que el importador o importadores iniciales distribuyeran el vino a dichos supermercados o a algún otro intermediario. En todo caso, acreditada la comercialización en Alemania, es evidente que alguien o alguna empresa tuvo que existir para adquirir la mencionada mercancía de manos de la referida sociedad exportadora española. Éste es, repetimos, el sujeto pasivo del engaño, el que por error realizó actos de disposición en su propio perjuicio al haber pagado un precio que era el propio de un producto con una prestigiosa denominación de origen y haber recibido a cambio otro en la que tal denominación había sido falsificada. En este momento ya quedó consumado el delito de estafa, aunque luego pudieran existir otros perjudicados diferentes, los referidos supermercados o los consumidores.

C) Dos cosas hemos de decir con relación a la cuantía de estos hechos constitutivos de estafa consumada:

1.ª No conocemos cuál fuera el valor de tal defraudación, por lo que no cabe aplicar la agravación del núm. 6.º del artículo 250.1. Si hemos de condenar por delito consumado, hay que excluir de tal cuantía el valor de la mercancía que fue encontrada en las bodegas de la empresa vendedora cuando fue inspeccionada el 20 de diciembre de 1999 (sentencia recurrida, hechos probados, págs. 4 a 6). Y tampoco puede incluirse aquí el valor de lo defraudado en aquellas otras operaciones practicadas, se dice, con empresas de Cataluña y Madrid a que antes nos hemos referido al examinar el motivo 2.º del recurso de la acusación particular, en razón a que tales operaciones no fueron consideradas como hechos probados en la resolución de instancia.

2.ª En todo caso hemos de entender que la cuantía de lo defraudado, con relación a esas ventas hechas para Alemania, excede de 50.000 ptas., que es la cantidad que ha de rebasarse para que el hecho pueda castigarse como delito, y no como falta, por lo dispuesto en los artículos 249 y 623.4 CP. Este tipo de operaciones comerciales de exportación a un país extranjero siempre se hacen en cuantías importantes, de modo que no cabe concebir que alguna pudiera haberse hecho de modo que el menor valor de la mercancía no rebasara esas 50.000 ptas.

Ha de sancionarse, por tanto, este delito consumado de estafa conforme a lo dispuesto en los artículos 248.1 y 249 CP.

D) Hay que decir aquí que tampoco ha de aplicarse la agravación 5.ª del artículo 250.1 CP pretendida por la acusación particular al afirmar que el vino es una de las señas de identidad de La Rioja y forma parte de su patrimonio histórico y cultural. No podemos apreciar esta agravación simplemente porque nada consta al respecto en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, del cual hay que partir siempre cuando el recurso de casación se funda en el núm. 1.º del artículo 849 LECrim, como aquí ocurre. No basta con afirmar este hecho, es necesario aportar pruebas al respecto para que el tribunal de instancia pueda considerarlo acreditado y así hacerlo constar en su relato de lo ocurrido. En casación sólo es posible añadir algo a los hechos probados de la sentencia recurrida por la vía del núm. 2.º del artículo 849 LECrim, cuando hay un documento (o informe pericial) apto para acreditar la realidad de un error en la apreciación de la prueba. Esto no se ha alegado en el caso presente.

E) Hubo, además, otro hecho delictivo constitutivo también de estafa, si bien en grado de tentativa, que ha de integrarse, con el consumado que acabamos de examinar, en un único delito continuado. A ello nos referiremos después.

Hay que estimar este motivo 2.º del Ministerio Fiscal y los 4.º y 5.º del recurso de la acusación particular.

Octavo. 1. En el motivo 6.º del escrito de este recurso de la acusación particular, también por la vía del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción del artículo 74 por no haberse aplicado al caso, respecto de los tres delitos por los que se acusó y en definitiva se condena, la figura del delito continuado.

2. Veamos qué nos dice el artículo 74.1 CP.

Para que haya un delito continuado ha de existir, en primer lugar, una pluralidad de acciones u omisiones punibles, es decir, dos o más infracciones penales.

Tal pluralidad se considera un solo delito o falta porque existen dos notas que así justifican:

a) Infracción de un mismo precepto penal o de preceptos de igual o semejante naturaleza.

b) Haberse realizado tales infracciones en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

La misma norma penal prevé la pena a imponer: la que corresponde a la infracción más grave en su mitad superior, norma no aplicable a las infracciones contra el patrimonio que tienen su regulación específica en el artículo 74.2, según conocida doctrina de esta sala que luego explicaremos.

3. Entendemos que en el caso presente, conforme lo deducimos del relato de hechos probados, no hubo delito continuado ni en la falsedad ni en la utilización ilegítima de denominación de origen, aunque sí en la estafa.

Veámoslo:

A) Con relación al delito de falsedad, nada hay que nos obligue a afirmar que fueron varias las acciones por las que se crearon las contraetiquetas y precintas falsas con su consiguiente adhesión a las botellas de vino. Es muy posible que todas se hicieran a través de una misma acción punible, aunque ésta se prolongara durante las horas o días que fueran necesarias para realizar los correspondientes trabajos de imitación de los certificados originales expedidos en tan importante número de 26.604 (sentencia recurrida, pág. 5) y su adhesión a las correspondientes botellas.

No se sabe dónde ni cuándo se hicieron esos trabajos de simulación falsaria y nada nos pudo decir al respecto la sentencia recurrida en su relato de hechos probados. Por tanto, en aplicación del principio «in dubio pro reo», como esta es la solución que más favorece a los condenados, hemos de entender que hubo una sola acción de falsedad de certificados constitutiva de un único delito.

B) Respecto del delito del artículo 275, la acción que tal norma sanciona es la utilización ilegítima e intencionada en el tráfico económico de una denominación de origen o de una indicación geográfica representativa de una calidad determinada legalmente protegidas para distinguir los productos amparados por ellas.

Entendemos que existió un solo delito, aunque hayan sido muchas las veces en que se utilizó la denominación de origen y sea, como aquí, importante el número de botellas de vino en que se hizo constar esa denominación a la que no se tenía derecho.

En la construcción de los correspondientes tipos penales el legislador a veces utiliza conceptos globales, es decir, expresiones que abarcan tanto una sola acción prohibida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda perfeccionado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir. Si hay varias acciones de la misma clase todas quedan abarcadas en esa definición legal. Así ocurre con el delito del artículo 368 CP cuando nos habla de «actos de cultivo, elaboración o tráfico» en relación con las sustancias estupefacientes, o cuando el artículo 325,

al definir los delitos contra el medio ambiente, nos habla de emisiones, vertidos, radiaciones, etc. En este delito que estamos examinando (art. 275) se habla de quien «utilice en el tráfico económico una denominación de origen...». Esta expresión «utilice en el tráfico económico» tiene ese concepto global que acabamos de decir, de modo que una utilización repetida de esa denominación de origen no constituye un delito continuado.

C) Sin embargo, en referencia al delito de estafa sí existió un delito continuado, pues, además de ese delito consumado al que nos hemos referido en el fundamento de derecho anterior, hubo otro en grado de tentativa, y los dos quedan integrados en uno solo por aplicación de la parte primera del artículo 74.1 en cuanto que nos ofrece un concepto de esta especial figura delictiva (delito continuado) al que acabamos de referirnos en el apartado 2 de este mismo fundamento de derecho.

Pero, por su complejidad, este tema exige un capítulo aparte, para poner de relieve el tratamiento jurídico de ese segundo episodio que aparece en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida (páginas 4, 5 y 6).

Noveno. 1. En síntesis, los hechos de este segundo episodio ocurrieron así:

Como consecuencia del examen aquí en España de las cinco botellas enviadas desde Alemania con falso etiquetado de denominación de origen, se practicó una diligencia administrativa en las instalaciones industriales de la referida empresa Bodegas Vega de Valdeoya, S. L., practicada por dos veedores oficiales del consejo regulador en presencia de uno de los dos acusados, D. Augusto, que dio como resultado el hallazgo de 26.604 botellas de tres cuartos de litro, en tres partidas de vino diferentes, una de rosado en las que aparecían falsificadas las precintas y otras dos de vino tinto de marcas diferentes en las que la falsedad de la certificación de la denominación de origen estaba en las contraetiquetas.

Todas se hallaban ya introducidas en sus correspondientes cajas y, de haberse vendido por la mencionada empresa, ésta habría obtenido unos ingresos de 7.528.338 ptas. La sentencia recurrida nos detalla en qué consistieron las referidas falsificaciones, lo que no interesa aquí reproducir. Sólo queremos ahora resaltar que sobre el resultado de esta inspección administrativa nadie ha realizado alegación alguna.

2. Examinemos ahora por qué afirmamos que estos hechos, aisladamente considerados, constituyen un delito de estafa cualificada del artículo 250.1.6.º cometida en grado de tentativa:

A) En cuanto a la calificación de estos hechos como estafa nos remitimos a lo dicho en nuestro anterior fundamento de derecho 7.º, con una sola salvedad, pues, tratándose de operaciones de venta por un valor de más de siete millones de pesetas, es claro que hay que estimar aplicable la agravación específica por el valor de la defraudación del citado artículo 250.1.6.º

Aunque no es lo mismo el valor de la defraudación que el precio de venta, hay que entender que, en todo caso, aquél habría alcanzado una cifra de más de cuatro millones de pesetas, suficiente para aplicar en todo caso esta norma penal.

B) Razonamos ahora sobre la calificación como tentativa:

a) De la definición que nos ofrece el artículo 17.1 CP podemos deducir qué son tres los elementos exigidos para que exista tentativa respecto de un delito:

1.º Voluntad del autor de realizar ese delito. Debe concurrir, lo mismo que en el delito consumado, el dolo (cabe también el eventual) y los demás elementos subjetivos del tipo concreto de que se trate.

2.º Que se haya dado principio a su ejecución directamente por hechos exteriores.

3.º Que el resultado delictivo no se haya producido por causas independientes del comportamiento del sujeto activo.

No cabe duda alguna acerca de la concurrencia en el caso presente de tales elementos 1.º y 3.º

La tenencia de ese número de botellas, más de 26.000, en una empresa destinada a la producción y venta del vino, no puede tener otra explicación que la intención de vender con falsedad en la calidad y en la denominación de origen, y esto es una estafa.

Por otro lado, es evidente también que la no consumación del delito se produjo como consecuencia de la referida inspección administrativa contra la referida empresa, algo totalmente ajeno a la voluntad del autor.

También concurrió el elemento 2.º como exponemos a continuación.

b) Se da principio a la ejecución del delito cuando se ha iniciado una actividad que, sin necesidad de otros pasos intermedios esenciales, habría de alcanzar el resultado delictivo pretendido, todo ello teniendo en cuenta cómo hubiera planeado el hecho el sujeto activo (el plan del autor), criterio válido al respecto, al menos, para estos delitos de acción (no de omisión) y de autoría directa (no mediata).

Tal principio de la ejecución pone ya en peligro el bien jurídico protegido por la norma penal que es lo que constituye el fundamento de la punición de estos actos de tentativa de delito.

Si no se ha producido ese inicio de la ejecución y hay una voluntad de delinquir manifestada en actos exteriores, nos encontramos ante los denominados actos preparatorios, generalmente impunes.

La dificultad radica precisamente en distinguir en la práctica estos actos preparatorios de aquellos otros que son ya principio de la ejecución. Para su solución hay que estar a la estructura del tipo de delito de que se trate y considerar sus diferentes elementos constitutivos. Hay principio de ejecución cuando hay principio de realización en cualquiera de esos elementos constitutivos. Ya entonces aparece ese peligro más o menos inminente para el bien jurídico protegido.

En el caso de delito de estafa el elemento esencial y, desde luego, el primero en el tiempo, es el requisito del engaño. Entendemos que comienza a ejecutarse el engaño, no por la realización de algunas de las falsedades que hayan de constituirlo, sino cuando se inicia el contacto del sujeto activo con el sujeto pasivo con la perspectiva ya del negocio concreto de que se trate, de modo que, de continuar ese contacto, habría de producirse la consumación del hecho con el consiguiente error y acto de disposición.

En este caso que estamos examinando la mencionada falsedad y toda la actuación de fabricación de las etiquetas y de su colocación en tales botellas habrían de considerarse actos de preparación (no impunes en el caso, como luego veremos). La ejecución del engaño (y de la estafa) comienza cuando se han iniciado los trámites para la venta mediante los primeros contactos con el comprador.

Estimamos que hay una prueba de indicios para poder afirmar que en el caso presente ya habían existido esos contactos, en base a los siguientes hechos básicos plenamente acreditados (art. 386.1 LEC):

1.º Haberse encontrado ya botellas similares en unos supermercados de Alemania en fechas anteriores al mencionado registro administrativo.

2.º El tan repetido gran número de botellas falsificadas, más de 26.000, en su etiquetado y en su calidad.

3.º El hallarse todas ellas ya introducidas en sus respectivas cajas.

Todo indica que nos encontramos ante una empresa en funcionamiento con pedidos pendientes de cumplimentar, lo que habría de hacerse por medio de la distribución de esas botellas ya preparadas al efecto, una empresa que ya ha distribuido botellas falsificadas y tiene ya concertadas otras entregas con la misma clase de mercancía. Tales hechos indiciarios evidencian que esas botellas preparadas para su salida de los locales de la empresa son mercancías cuya venta ya está concertada en un tipo de negocio en el que es frecuente la existencia de unos mismos clientes a quienes se remiten envíos periódicos de los mismos productos.

Entendemos que entre aquellos hechos básicos y este hecho consecuencia existe un «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», tal y como nos exige el citado artículo 386.1 LEC, que se refiere a las llamadas presunciones judiciales equivalente en el proceso civil a la que nosotros venimos conociendo como prueba de indicios o indirecta en el proceso penal.

Por tanto, nos hallamos ante una tentativa de delito de estafa en cuanto al mencionado hallazgo de tales 26.604 botellas de vino falsificadas.

Pero conviene dejar dicho aquí que, en todo caso, si hubiéramos considerado que la ejecución aún no había comenzado, siempre nos encontraríamos ante un caso de conspiración para la comisión de ese delito. La conspiración es un caso de acto preparatorio que no es impune cuando la Ley expresamente prevé su sanción, lo mismo que ocurre con la proposición y la provocación (arts. 17 y 18 CP). Todos ellos son actos, todavía no ejecutivos, consistentes en la comunicación a otras personas del propósito de delinquir que el legislador, por razones de política criminal, considera preciso sancionar penalmente sólo con relación a determinadas infracciones. Así lo hace expresamente con referencia al delito de estafa y a otros de contenido patrimonial en el artículo 269 CP. Además en esta norma se prevé sancionar con la pena inferior en uno o dos grados, lo mismo que el 62 dispone para la tentativa. Concurren aquí los elementos exigidos por el mencionado artículo 17.1: 1.º un concierto de dos o más personas, en este caso los dos socios acusados; 2.º una resolución conjunta de los dos para ejecutarlo.

3. Veamos ahora lo relativo al delito continuado de estafa aquí concurrente:

A) Están presentes los elementos exigidos en el artículo 74.1 ya referidos. Hay una pluralidad de acciones penales (en cuanto que pluralidad hay cuando existen dos) que obedecen a un plan preconcebido –así lo revela la semejanza entre las falsedades de las botellas halladas en Alemania y aquellas otras que se encontraron aquí en España en el registro practicado en los locales de la empresa vendedora– y que violan el mismo precepto penal (los artículos definidores del delito de estafa).

B) En cuanto a la pena que corresponde por tratarse de delito continuado, es conocida ya la doctrina de esta sala, proclamada con reiteración en los últimos años (sentencias de 23 de diciembre de 1998, 17 de marzo de 1999, 28 de julio de 1999, 11 de octubre de 1999, 9 de mayo de 2000, 19 de junio de 2000, 7 de mayo de 2002 y 7 de junio de 2002, entre otras muchas), por la que venimos diciendo que el apartado 2 del artículo 74 impone unas reglas específicas para los delitos continuados referidos a infracciones contra el patrimonio, que excluyen la aplicación de la norma general de agravación obligatoria contenida en el apartado 1 del mismo artículo por la que ha de imponerse la sanción correspondiente a la infracción más grave de todas las concurrentes en su mitad superior. La primera de las dos reglas contenidas en tal apartado 2 manda tener en cuenta «el perjuicio total causado» a los efectos de determinación de la pena en estos delitos continuados contra el patrimonio. «Perjuicio total causado», leemos en tal norma, con lo cual en los casos en que, como aquí ocurrió, una de las dos infracciones no alcanzó el grado de la consumación, es decir, no pro-

dujo perjuicio alguno, la cuantía de este delito no puede sumarse a la del que sí quedó consumado.

Así pues, en este caso en que la continuidad delictiva quedó conformada por (a) una infracción consumada en la cual el perjuicio fue de algo más de 50.000 ptas. y (b) otra intentada por el beneficio que pudieran haber reportado a la empresa vendedora los 7.528.338 ptas., valor para la empresa embotelladora de esas 26.604 botellas, solo cabe tener en cuenta, para condenar por un delito consumado de carácter continuado y de contenido patrimonial, la primera de esas dos cuantías (a).

Décimo. 1. En el motivo 7.º, también con amparo en el núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción del artículo 275 (en relación con el 274), 392, 248 (en relación con el 250.1.5.º, 77 y 74), todo ello en relación con la penas a imponer a cada uno de los dos acusados.

Nos corresponde aquí determinar cuáles han de ser estas penas, habida cuenta de lo que ya ha quedado concretado en los fundamentos de derecho que acabamos de examinar.

Son los dos acusados responsables como coautores de los delitos siguientes:

- Uno de uso ilegítimo de denominación de origen del artículo 275 que en cuanto a la pena se remite al anterior 274.
- Otro de falsedad de certificados del 399.
- Y otro más de estafa continuada y consumada del artículo 248.1 penado en el 249.

Aquellos dos primeros en concurso ideal entre sí y ambos, al propio tiempo, en concurso medial con el de estafa, porque aquéllos fueron medio necesario para la comisión de éste, teniendo en cuenta la forma concreta en que todos ellos se produjeron.

Así pues, hay que aplicar, por un lado, la norma del artículo 77 que regula las penas en los casos de concurso ideal o medial y, además, al no concurrir circunstancias atenuantes ni agravantes, también la regla 1.ª del artículo 66 que nos permite recorrer toda la extensión de las penas correspondientes y nos manda tener en consideración, para la individualización de las sanciones, las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

2. A los fines de lo dispuesto en el citado artículo 77, veamos primero qué penas han de corresponder para cada uno de los referidos delitos considerados separadamente.

A) En cuanto al del artículo 275, como no ha habido recurso alguno sobre la aplicación que de esta norma se hizo en la instancia, habría de respetarse la pena allí impuesta, que fue la mínima permitida en tal norma, la de 6 meses de prisión y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros.

B) Y con relación a los otros dos delitos por los que la sentencia recurrida absolvió y hay que condenar, hemos de seguir, para el delito de falsedad esos dos criterios ordenados por el legislador en el artículo 66.1.ª –repetimos: (a) las circunstancias personales del delincuente y (b) la mayor o menor gravedad del hecho– y para el de estafa los específicos del artículo 249:

B') Respecto del delito de falsedad, estimamos que tales dos criterios nos lleven a unas penas elevadas dentro de su levedad:

- (a) porque se trata de personas titulares de una sociedad limitada relacionada con la distribución de vinos con denominación de origen de Rioja y como tales tenían especiales deberes de respeto a esas normas por su calidad de explotadores de ese negocio y porque también su empresa estaba amparada en los derechos y deberes que de tal denominación de origen se derivaban;

– (b) por el importante número de botellas de vino a las que se adherieron los falsos certificados que garantizaban su calidad por la conocida procedencia geográfica, al menos 26.604, algunas ya comercializadas en Alemania y la mayoría preparadas para su salida al mercado.

La pena del artículo 399 (multa de 3 a 6 meses) habríamos de imponerla en el máximo legal permitido (6 meses) con la misma cuota diaria de 6 euros antes referida.

B”) Y con relación a la estafa, ha de castigarse con pena sólo de prisión en una extensión que va de seis meses a cuatro años. Aquí, como acabamos de decir, nos impone el legislador (art. 249) unos criterios específicos para la graduación de tal pena que aplicamos en la forma siguiente:

– (a) en cuanto al importe de lo defraudado, ya hemos dicho que sólo quedó probado (en beneficio de los reos) el envío de una partida de exportación a Alemania cuya cuantía no conocemos y que hemos fijado en aquella que sirve al menos para dejar un beneficio que excede de 50.000 ptas.;

– (b) en el caso no cabe hablar de quebranto económico importante para los perjudicados, los vinateros de La Rioja, pues éste no ha quedado acreditado y puede que no llegara a existir ninguno, habida cuenta de que partimos de que únicamente hubo un envío a Alemania, aparte de la pequeña cantidad de 76,53 euros reconocida como indemnización a favor del Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja por la exacción parafiscal dejada de cobrar por los certificados que le fueron falsificados;

– (c) en cuanto a las relaciones entre el perjudicado y el defraudador, merecen una consideración en pro de una mayor gravedad del hecho, habida cuenta de la fidelidad debida por estos empresarios a sus compañeros de la tierra del vino de Rioja, particularmente si valoramos el que los dos acusados tenían su empresa también acogida a los beneficios de la referida denominación de origen;

– (d) respecto de los medios empleados por los defraudadores para cometer esta estafa, hay que considerar que éstos fueron importantes, el uso de una imprenta no identificada para las falsificaciones y las propias instalaciones de su empresa para preparar las botellas remitidas a Alemania;

– (e) con referencia a otras circunstancias relevantes para la individualización de la pena, hemos de tener en cuenta que había preparadas para enviarlas a los mercados esas 26.604 botellas de tres cuartos de litro, siendo el valor total de esta mercancía el de 7.528.338 ptas. (hechos probados de la sentencia recurrida, pág. 8).

Por tanto, de tales cinco criterios, tres de ellos son favorables a la imposición de una pena grave, que habría de ser la de dos años y nueve meses cuando el máximo a imponer es el de cuatro, como ya se ha dicho.

3. Quedan así establecidas las penas a imponer de sancionarse por separado los mencionados tres delitos: 6 meses de prisión y 6 meses de multa (art. 274), otra multa de 6 meses (art. 399) y 2 años y 9 meses de prisión (art. 248 y 249).

Total, 3 años y 3 meses de prisión y multa de 12 meses a razón de 6 euros diarios.

Hay que estimar que, de todas las sanciones previstas para tales delitos, la más grave es la que dispone el artículo 249, de 6 meses a 4 años de prisión, teniendo en consideración la más aflictiva de todas las previstas, que es sin duda la privativa de libertad. Por tanto, conforme a lo dispuesto para el concurso ideal (delitos de los arts. 275 y 399) como para el medial (estos dos delitos como medio necesario para el continuado de estafa del 248 y 249), no cabe penar por separado. Hay que aplicar en su mitad superior la del 249 (art. 77.2), que abarca desde los dos años y tres meses a los cuatro años de prisión.

Como se trata de la integración en una sola pena de las correspondientes a los tres delitos mencionados, y además en los tres hay razones para afirmar su gravedad –la

que acabamos de exponer en el apartado 2–, acordamos castigar, dentro de esa mitad superior, con tres años de prisión.

(Sentencia de 19 de marzo de 2004)

ARTÍCULO 325

Inexistencia de delito ecológico en vertidos nocivos al río, al desconocerse en la causa el cauce receptor y su caudal, lo que impide constatar la existencia de peligrosidad

Único. El Ministerio Fiscal, único recurrente, alega un solo motivo de casación al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, por inaplicación del artículo 347 bis, 1.º y 2.º, del Código Penal de 1973.

La Sala de instancia en su sentencia, contra la que se alza el recurrente, entendió que dicho artículo 347 bis que tipifica el delito contra el medio ambiente exige la concurrencia de estos elementos o requisitos: *a)* una conducta consistente en provocar o realizar emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas; *b)* que dicha conducta suponga una contravención de las Leyes o reglamentos protectores del medio ambiente; y *c)* que dicha conducta ponga en peligro grave la salud de las personas, o pueda perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Pues bien, en el Fundamento Segundo de Derecho se razona que si bien en el supuesto enjuiciado se aprecia la existencia de los dos primeros elementos del tipo, no se puede decir lo mismo en cuanto al tercero, debido a que la constatación de este requisito obliga a las partes acusadoras a probar que la conducta del imputado ha resultado peligrosa para el equilibrio ecológico «del espacio en el que se materializan los efectos de ese comportamiento», por lo que en el caso como el presente de vertidos en acuíferos terrestres, la concurrencia de este tercer requisito exige determinar de la forma más precisa posible «las características del vertido» (composición, caudal y duración), «características del medio receptor» (composición antes y después del vertido y el caudal) y «condiciones de vida animal o vegetal en el medio receptor que puedan haberse visto afectadas por el vertido».

Según continua razonando la sentencia, sólo se acreditó la composición de «dos» vertidos, y además de forma muy imprecisa, sin que conste demostrado dato alguno que permita inferir en qué medida afectaron tales vertidos al medio receptor y cómo influyó en las condiciones de vida allí existente. Ha de tenerse en cuenta también que no se practicó prueba alguna que hubiera permitido conocer cuáles pudieran ser las características de ese vertido en cuanto a su duración y caudal ni tampoco existen datos que permitan saber de que forma pudieron repercutir en la composición de las aguas del río.

Frente a ello el recurrente considera que existen vertidos y que éstos, según su composición química que se recoge en los hechos probados y los niveles de contaminación que producen, contravienen los límites máximos permitidos en la normativa vigente y, en concreto, en los Anexos del Reglamento de Dominio Hidráulico de 11 de abril de 1986. Añade que aunque la sentencia indica que no se conocen ni el caudal ni las características de los cauces que van a parar los vertidos, es lo cierto que existen fijados legalmente unos límites en las sustancias que los componen para ser autorizados por la Administración que son los que se especifican en las tres Tablas del Anexo referido,

«límites que no están fijados de forma arbitraria, sino que se ha de entender que si se sobrepasan los mismos existe un riesgo para el hábitat del cauce de que se trate».

En realidad, el propio recurrente viene a reconocer, en principio, que el caudal y sus características podrían ser relevantes ya que estamos en presencia de «un delito de riesgo concreto y no abstracto». Sin embargo, lo que se puede deducir del conjunto de su argumentación es que el principal apoyo que sustenta su impugnación es entender, en definitiva, que este tipo delictivo tiene las características de un delito de peligro abstracto en el más puro sentido de la palabra, pues si la Sala de instancia no dio por probado que se hubiera producido daño al caudal dadas las características de éste y de la frecuencia de los vertidos, la pretensión del recurrente caería en el vacío si no se entendiera de que los vertidos por sí solos y dadas sus características habría producido un peligro abstracto en sentido estricto.

En el tratamiento de este problema, la más reciente jurisprudencia (véase, entre otras, la sentencia de esta Sala de 1 de abril de 2003) ha calificado el tipo delictivo del artículo 325 del Código Penal vigentes, no como un delito de peligro concreto ni tampoco abstracto *stricto sensu*, sino como un delito de peligro hipotético, no siendo bastante constatar la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa, lo que significa que habrá que analizar, no sólo la composición y peligrosidad de los vertidos (administrativamente prohibidos), sino también si tales vertidos hubieran podido tener importantes efectos nocivos sobre el cauce del río y su caudal. O lo que es lo mismo, lo que debe hacerse es un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta para poderla incardinar en el mencionado tipo delictivo.

Esto último es precisamente en lo que se sustenta la sentencia recurrida para llegar a una solución absolutoria, pues si bien los vertidos eran realmente peligrosos y nocivos, no quedó suficientemente probado que lo fueran dadas las características del río receptor y de su caudal. Entendemos que esa prueba (o falta de prueba) ha sido valorada correctamente por la Sala de instancia por haberse hecho dentro de la lógica y de las normas de la experiencia, según la competencia que para ello le otorga el artículo 741 de la LECrim que tiene su raíz y razón de ser en un principio tan importante como es el de inmediatez.

Por lo expuesto, se deberá desestimar el único motivo.

(Sentencia de 25 de mayo de 2004)

ARTÍCULO 368

En los casos de los delitos graves, como el narcotráfico, no es aplicable el principio de «insignificancia». Pero para castigar una conducta de tráfico, se necesita que se cause un daño a la salud pública, lo cual se produce en todos los casos en que se transmite a una persona, una sustancia tóxica en cantidad bastante para integrar una dosis psicoactiva, esto es, que supone una afectación a las funciones físicas o químicas de una persona. Heroína: 0,66 miligramos de principio activo puro, o lo que es lo mismo, 0,00066 gramos

Primero. La Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección primera, dictó sentencia por la que se absuelve al acusado G. O. de un delito contra la salud pública,

bajo el argumento de que «la cantidad de droga vendida es tan insignificante, que no es compatible con un verdadero riesgo para la salud de una persona», citando algunas resoluciones de esta Sala Casacional en ese sentido.

Frente a tal sentencia absolutoria, formaliza el Ministerio fiscal recurso de casación, con un único motivo de contenido casacional, al amparo de lo autorizado en el artículo 849-1.º de la LECrim, denunciando la indebida (in)aplicación del artículo 368 del Código Penal.

En los hechos probados de la Sentencia de instancia se relata que el acusado, G.O., vendió a una persona «una bolsita con una sustancia marrón identificada tras el correspondiente análisis como heroína, que pesaba 0,060 gramos con una riqueza del 27,7% en heroína base», añadiendo que «la droga incautada alcanza un valor de 1.000 pts.»

Segundo. La cuestión que plantea la sentencia recurrida y el recurso del Ministerio fiscal, se refiere a lo que se denomina en la doctrina y en la jurisprudencia, como el principio de la insignificancia en el tráfico de drogas, cuando el sujeto activo del hecho enjuiciado ha vendido una pequeña o ínfima cantidad de sustancia estupefaciente introducida en la papelina objeto de transacción.

La Sentencia de 21 de junio de 2003, mantiene –en el relación con el tema objeto de autos– la siguiente doctrina, que repetimos ahora: desde el punto de vista de la antijuridicidad material lo que se requiere es que el hecho no sólo infrinja una norma sino que además produzca la lesión de un bien jurídico. Entendiendo el bien jurídico como la finalidad perseguida por la norma, en el caso del artículo 368 Código Penal, la difusión de drogas tóxicas, no ofrece la menor duda que en el presente caso esa finalidad ha sido lesionada. La antijuridicidad material no se vería afectada, dado que, en todo caso, no requiere que la lesión sea importante. Pero, además, en la formulación clásica de los iniciadores de esta teoría, el conflicto entre la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material debía ser resuelto a favor de la primera, toda vez que el intérprete de la norma –se sostenía– carece de legitimación para corregir al legislador. Dicho con otras palabras: la teoría de la antijuridicidad material no encierra un criterio de exclusión de la tipicidad ni de desplazamiento de la antijuridicidad formal. Sólo en formulaciones posteriores la teoría de la antijuridicidad material fue concebida como el fundamento que permitiría dar lugar a un principio general de la justificación o, dicho de otra manera, fundamentar una causa suprallegal de justificación. Es en este sentido que se admitieron por una opinión doctrinaria minoritaria principios suprallegales de justificación, como el principio de la ponderación de bienes, el del mayor beneficio que perjuicio, el del medio justo para la realización de un fin justo, etc.

Todo ello demuestra –continúa diciendo la Sentencia que seguimos– que en el caso de los delitos graves, como son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni siquiera *de lege ferenda*, un «principio de insignificancia» que podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada u opera como causa suprallegal de justificación, o bien, en todo caso, excluir, de alguna manera, la punibilidad. La necesidad preventiva de ratificación de la norma no desaparece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción. El legislador, por lo tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social, toda vez, que, movido por la gravedad que le atribuye a estos hechos, ha considerado que el peligro abstracto es ya suficiente para justificar su intervención. Tampoco existen en las disposiciones aplicables puntos de apoyo para deducir de ellos que el legislador, implícitamente, ha querido excluir casos como éstos del ámbito de la punibilidad.

Tercero. Esta cuestión fue objeto de Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios, de fecha 24 de enero de 2003, en el que se acordó que por el Instituto Nacional de Toxicología se propusieran unos mínimos científicamente considerados como exentos de cualquier afectación a la salud de las personas.

Mediante comunicación del pasado día 13 de enero de 2004, se han ofrecido éstos por el Servicio de Información Toxicológica de tal Instituto, sobre dosis de abuso habitual, consumo diario estimado y dosis mínima psicoactiva, considerándose que, por el momento, no es necesario llevar este tema a una próxima Sala General. Pues bien, para el caso de la heroína, que es el que nos corresponde ahora enjuiciar, tales datos ofrecen que la dosis mínima psicoactiva ha de situarse en 0,66 miligramos de principio activo puro, o lo que es lo mismo, 0,00066 gramos. Estas dosis mínimas psicoactivas son las que afectan a las funciones físicas o psíquicas de una persona.

En el caso, la heroína bruta transmitida lo fue en cantidad de 0,060 gramos, con una riqueza en principio activo del 27,7 por 100, que arroja en consecuencia la cantidad de 0,01662 gramos, o bien, 16,62 miligramos, que se sitúan, por consiguiente, muy por encima del expresado umbral toxicológico, por lo que el recurso debe ser estimado, al referirse única y exclusivamente sobre la incidencia en la antijuridicidad de la norma, que ha de traducirse en parámetros objetivos de afectación a la salud pública, en los términos indicados.

(Sentencia de 19 de enero de 2004)

Idem respecto a las anfetaminas: 10 miligramos

Segundo. También por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, denuncia la falta de acreditación del destino al tráfico de la sustancias intervenida dada la escasa cantidad de la sustancia intervenida, 36 gramos de anfetamina con una riqueza del 5 por ciento, mezclado con cafeína y piracetan, que arroja una cantidad de 1,8 gramos de sustancia tóxica expresada en su total de pureza en anfetamina «lo que resulta contrario a las máximas de experiencia la deducción del destino a su distribución entre terceras personas».

El motivo se desestima. La cantidad intervenida es relevante a la hora de fundamentar una inferencia sobre el destino al tráfico. Ciertamente la pureza de la sustancia tóxica es baja pero ello no permite deducir la insignificancia de lo intervenido, sino solamente la baja pureza de la sustancia intervenida, pues su naturaleza de sustancia tóxica aparece afirmada por la pericial practicada. La experiencia, contrariamente a lo afirmado por el recurrente en el recurso, informa que ordinariamente la sustancia tóxica aparece mezclada con diversas sustancias para reducir sus efectos y para ampliar los efectos económicos, además de la imposibilidad de un consumo de sustancia absolutamente pura en sustancia tóxica.

Los estudios farmacológicos indican que, referido al sulfato de anfetamina, la dosis mínima psicoactiva es de 10 miligramos cantidad que es superada con creces por lo intervenido, aun reducido, caso de que fuera posible para el consumo, a su expresión al cien por cien de la pureza. Consecuentemente el motivo se desestima.

(Sentencia de 21 de enero de 2004)

Necesidad de conocer la composición de las sustancias tóxicas, en el tráfico de drogas

Único. El acusado formaliza un solo motivo, que canaliza por la vía del artículo 849.2.º de la LECrim por estimar que ha existido error de hecho en la apreciación de la prueba.

1. En su opinión, el hecho probado, en lo relativo a su adición a la heroína durante más de doce años, no es suficientemente completo. Pide que se integre el relato, con referencias que considera sustanciales, para la estimación de una eximente incompleta, aunque admite que esta cuestión no se ha planteado en la instancia. No obstante y partiendo del contenido del hecho probado, se abre la vía para examinar, si de su contenido, se desprende la existencia de los elementos constitutivos del delito contra la salud pública por el que ha sido condenado.

2. El relato fáctico, es el único soporte admisible, para fundamentar una calificación jurídica. El acusado, sólo puede intentar una modificación que satisfaga sus posibilidades de defensa, cuando conoce, con seguridad, taxatividad y certeza, cuáles son los hechos que se le imputan.

En síntesis, se acusa al recurrente de haber vendido a una persona, por mil pesetas, dos pastillas de una sustancia que «tras el oportuno análisis del Servicio de Restricción Estupefacientes resultó ser metadona». Este es el escueto relato que está huérfano de cualquier otra precisión. No conocemos la composición y el peso de dichas pastillas, elemento esencial para dilucidar, sí efectivamente ha existido un delito contra la salud pública, poniendo en riesgo el bien jurídico protegido.

3. No se discute que la metadona, que se comercializa bajo el fármaco conocido como «metasedin», es una sustancia estupefaciente que necesita inexcusablemente una dispensación mediante receta específica y restringida. En principio, por tanto, nos encontramos ante una sustancia que está integrada en el tipo básico del artículo 368 del Código Penal y, no hay duda que sobre la misma, se ha realizado un acto de tráfico, como es su venta a una tercera persona.

A partir del reconocimiento de esta circunstancia, todo son incógnitas, que no nos permiten determinar, con la precisión exigida al derecho punitivo, si las dos pastillas de metadona contenían dosis suficientes para determinar un grave riesgo para la salud pública.

4. El «metasedin» tiene, como ya hemos dicho, la consideración de estupefaciente, si bien su composición varía según las diferentes dosis con las que se presenta en el mercado. Las variantes de composición son numerosas y van desde el metasedin de cinco miligramos hasta el de cuarenta miligramos. La dosis media para que surta efecto es la de 60 a 120 miligramos por día. En su fórmula se contiene metadona (clorhidrato) (DCI), lactosa, almidón de maíz, povidano y extracto de magnesio. Resulta, por tanto imprescindible, conocer los porcentajes de dichas sustancias que se encontraron en las dos pastillas analizadas y reflejarlo, de forma clara y taxativa, en el hecho probado, sin que sea tarea de la casación rellenar estas carencias en contra del reo, provocándole una indudable indefensión.

La metadona, que es el principio activo del «metasedin», es un analgésico central de potencia equivalente a la morfina, pero que presenta una menor acción represora del centro respiratorio. Asimismo produce una mucho menor acción euforizante, tolerancia y dependencia y síndrome de abstinencia, que los opiáceos.

5. Su incidencia sobre la salud pública en general y sobre el individuo en particular, depende, por tanto, de la proporción del principio activo, que se contenga en cada pastilla, ya que según las diferentes modalidades en las que se comercializa su composición o contenido será diferente. No sabemos, ni el peso ni el porcentaje, por lo que difícilmente podemos afirmar que se ha lesionado el bien jurídico protegido. Llamamos de nuevo la atención, sobre la necesidad de que el relato fáctico integre, sin necesidad de complementos dispersos por la fundamentación jurídica y de difícil y caprichosa identificación, cuáles son los elementos básicos que la sala sentenciadora considera probados. Cuando se omiten aspectos esenciales, la decisión de los Tribunales debe pronunciarse o inclinarse por la opción más favorable al acusado. En este

caso, al no conocer la cantidad de principio activo, nos debemos pronunciar por estimar que no está demostrado que se afectase a la salud pública general y a la propia del potencial consumidor.

(Sentencia de 30 de enero de 2004)

Tráfico de drogas: Bien jurídico protegido. Conductas atípicas: cantidad ínfima: existencia; sustancias diversas: proposición de venta portando una pastilla de MDMA, sin precisión de su composición concreta que impide conocer si se han sobrepasado las dosis mínimas psicoactivas

Único. El recurrente ha sido condenado como autor de un delito contra la salud pública por tráfico de sustancias que causan grave daño a la salud. El Tribunal de instancia declara probado que ofreció droga en venta a dos agentes de policía de paisano «portando una pastilla de MDMA y 0,089 gramos de resina de cannabis, así como 170 euros producto de ventas anteriores».

En la fundamentación jurídica afirma que existe prueba indiciaria de que el acusado había estado traficando en horas anteriores, y que tales indicios consisten en la hora en que ocurren los hechos y en la tenencia de dinero oculto en los zapatos.

Contra la sentencia interpone recurso de casación que, con deficiente técnica casacional, formaliza en dos motivos. En el primero, sin apoyo legal expreso, entiende que se ha dejado de aplicar indebidamente la atenuante 21.2.ª, pues de la actuación del recurrente se desprende su adicción a las drogas, su deseo de salir del estado de necesidad en que se encontraba, y la nimiedad de la cantidad de droga, lo que, según afirma, indica que no había ánimo de lucro. En el segundo motivo menciona la existencia de error de hecho, pero, sin designar documento alguno, se limita a señalar que da por reproducidos los argumentos del motivo anterior.

Sin perjuicio de lo que después se dirá, las escasas argumentaciones contenidas en el desarrollo del recurso no pueden ser atendidas. No consta que la atenuante a la que se refiere ahora fuera oportunamente propuesta, pues según la sentencia, en la instancia alegó la atipicidad de los hechos por tratarse de sustancias destinadas al propio consumo, y la insignificancia de las sustancias aprehendidas, por lo que la conducta carecería de antijuridicidad material. Tampoco consta que se practicara prueba alguna sobre la intensidad, duración temporal u otros aspectos de la adicción, teniendo en cuenta que la atenuante cuya aplicación pretende tiene su base en la existencia de una grave adicción relacionada causalmente con el delito.

Por otro lado, nada tiene que ver con la atenuación el deseo de abandonar un estado de necesidad, cuyas características, intensidad y efectos no se han precisado; ni tampoco la cantidad mayor o menor de sustancia estupefaciente que se posea con finalidad de tráfico.

Sin embargo, no puede dejar de considerarse, tal como menciona el recurrente, que efectivamente las cantidades de droga que tenía en su poder y que ofreció en venta son notoriamente escasas, lo cual puede tener relevancia a efectos de calificación.

La jurisprudencia de esta Sala se ha preocupado de analizar la tipicidad de la conducta en los supuestos en los que, acreditada una sola operación de venta de alguna de las sustancias mencionadas en el artículo 368 del Código Penal, se ha apreciado la transmisión de una escasa cantidad. La solución no ha sido unánime, valorándose las características del supuesto de hecho concreto. Así se han considerado

atípicos supuestos de consumo compartido cuando concurren una serie de circunstancias que la jurisprudencia ha precisado.

El delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión. La salud pública como bien jurídico protegido no coincide con la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho, de modo que este último bien jurídico no es el objeto de protección de esta figura delictiva, sino de otras. Pero ha de referirse a una valoración sobre la salud del conjunto de los miembros de la sociedad de que se trate. De esta forma, si se acredita que el consumo de determinadas sustancias provoca una mayor incidencia de determinadas alteraciones negativas en la salud, puede sostenerse que afecta a la salud pública. Y es la norma penal la que precisa qué conductas de las que pueden afectar a la salud pública son constitutivas de delito.

El legislador ha entendido que el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias, psicotrópicas es negativo para la indemnidad de ese bien jurídico que denomina salud pública, y ha acordado su prohibición. Al tiempo, considera delictivas, en razón del riesgo que crean, apreciado con carácter general, las conductas que de alguna forma implican la promoción, facilitación o favorecimiento del consumo ilegal, lo que entiende que ocurre concretamente cuando se ejecutan actos de cultivo, elaboración o tráfico, u otros, o incluso de posesión de aquellas sustancias con los referidos fines. Tales conductas son típicas, en cuanto cumplen los requisitos de la descripción contenida en el artículo 368, y son antijurídicas, en cuanto crean el riesgo no permitido.

El adelantamiento de las barreras de protección hace que el delito quede consumado con la mera tenencia de las sustancias prohibidas con finalidad de tráfico. Esta intención, como elemento interno perteneciente a la conciencia del sujeto, es difícilmente demostrable a través de prueba directa, siendo lo habitual recurrir a una inferencia para acreditar su existencia, que entre otros datos se apoya en la cantidad, naturaleza y preparación de la sustancia. Cuando se trata de cantidades muy pequeñas resulta difícil afirmar el destino al tráfico si solamente se dispone de ese dato, y en esos casos es determinante la prueba de la realización de una operación de tráfico, que resulta una eficaz demostración de la intención con la que la droga era poseída. Bien entendido que aunque la venta sea un acto de tráfico, y por lo tanto típico, la tenencia inmediatamente anterior, en cuanto se caracteriza por la disposición al tráfico, también lo es. Por lo tanto, el riesgo para la salud pública o, desde otra perspectiva, el incumplimiento de la norma, se produce ya con la tenencia anterior a la venta y se prolonga con la efectiva ejecución de ésta.

Por otro lado, la venta ilícita de sustancias de esta clase, considerada como acto independiente, supone sin duda un acto de favorecimiento, en cuanto implica en sí mismo la difusión de la droga desde los traficantes a los consumidores, bien directamente o bien a través de otros traficantes, por lo que ha de reputarse una conducta típica con independencia de la cantidad de sustancia transmitida. Aunque la venta o donación suponga la efectiva concreción del último eslabón de la cadena del tráfico, la difusión ya se ha producido al consumarse la entrega por parte de quien destina la droga que posee, no a su propio consumo, sino al tráfico oneroso o gratuito con terceros.

Esta clase de conducta no es irrelevante desde la óptica de la protección de la salud pública, ni tampoco desde la perspectiva del cumplimiento de la norma penal. Como se decía en la STS de 21 de junio de 2003, «desde el punto de vista de la anti-

juridicidad material lo que se requiere es que el hecho no solo infrinja una norma sino que además produzca la lesión de un bien jurídico». En delitos como el de tráfico de drogas, lo relevante es que, además de la infracción formal de la norma, pueda apreciarse un riesgo para el bien jurídico. En conductas consistentes en la venta de drogas a terceros, tal riesgo es evidente aunque la cantidad sea escasa, pues no debe olvidarse a estos efectos que el consumidor se mantiene en el consumo ilegal mediante actos ilícitos de adquisición a terceros vendedores, y que la iniciación en el consumo, con sus perniciosos efectos a corto, medio y largo plazo, se produce habitualmente a través del consumo inicial de pequeñas cantidades de droga, que sirven como principio de la adicción y que resulta favorecido, promovido o facilitado por estos actos de venta de pequeñas cantidades.

Un acto de esta clase solo podrá dar lugar a otras consideraciones cuando la sustancia transmitida no sea idónea para crear el riesgo prohibido, es decir, cuando desde el principio pueda excluirse todo peligro, lo que ocurrirá cuando carezca de toda virtualidad para producir los efectos propios de la droga de que se trate. Ello puede deberse a que la sustancia transmitida no es una de las prohibidas sino otra sustancia diferente. En los casos en los que se aprecie la presencia del principio activo en la sustancia transmitida, la conducta será típica, pues no es posible excluir radicalmente la producción de aquellos efectos nocivos.

Lo contrario ocurrirá, sin embargo, en aquellos casos en los que la cantidad de principio activo apreciable en la única sustancia transmitida sea tan insignificante que no alcance las dosis mínimas psicoactivas, según han sido establecidas con criterios científicos, y que han sido precisadas por el Instituto de Toxicología, pues entonces no será apreciable la existencia de un riesgo para el bien jurídico. Es por ello que en estos casos es importante que haya podido precisarse la riqueza de la sustancia intervenida a través de las pruebas pertinentes y que así lo refleje la sentencia.

En el caso actual, el acusado tenía en su poder una pastilla de MDMA, cuyo peso y composición no se expresa. Ante esta falta de datos, no puede aceptarse la argumentación contenida en la sentencia al decir que «nada nos indica que la pastilla que poseía el acusado no fuera de las que normalmente circula en el mercado clandestino», pues ese es precisamente un dato que no puede presumirse en su contra, sino que debe quedar debidamente acreditado por las pruebas aportadas por la acusación. Siendo así, no se puede considerar suficiente la mención a una sola pastilla de MDMA sin precisión de su composición concreta para considerar que se han sobrepasado las dosis mínimas psicoactivas.

En cuanto al cannabis ocupado en su poder, la cantidad establecida en el referido informe del Instituto de Toxicología, sitúa la dosis mínima psicoactiva en 10 miligramos de principio activo, por lo que la cantidad que el acusado ofreció en venta, de pequeña cuantía en cuanto que tenía un peso total de 0,089 gramos, no consta que contuviera una cantidad de THC superior a la dosis antes dicha, lo que impide considerar su conducta como relevante a los efectos de creación del riesgo prohibido por la norma.

Por otro lado, no puede aceptarse la afirmación de la sentencia relativa a la realización de actos anteriores de tráfico, pues realiza una inferencia excesivamente abierta al deducirlo de la hora, de la zona y del dinero que escondía en sus zapatos, sin que existan otros datos que pudieran resultar de interés cuya valoración conjunta condujera de forma natural a aquella conclusión.

(Sentencia de 16 de febrero de 2004)

ARTÍCULO 386

Delito de falsificación de moneda. Tenencia para su expendición y distribución y adquisición a sabiendas de su falsedad con el fin de ponerla en circulación. Alcance de uno y otro inciso del artículo 386.2 CP. Individualización de la pena después de la rebaja en un sólo grado, atendiendo el valor de la moneda falsa y al grado de connivencia con los autores mencionados en el párrafo primero del artículo citado. Cuando un tipo penal establece la posibilidad de degradación punitiva en un grado, es preciso, posteriormente, la individualización dentro del mismo, sin que quepa imponerla en la mitad superior cuando falta justificación al respecto

Primero. El motivo inicial se ampara en el artículo 849.1 LECrim para denunciar la infracción del artículo 66, en relación con el 386.2, ambos del Código Penal de 1995, en su versión originaria (han sido modificados ambos, respectivamente, por las Leyes Orgánicas 11 y 15/2003), «ya que la sentencia no razona suficientemente la rebaja en un solo grado de la pena».

El motivo, que tiene el apoyo del Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

En el fundamento de derecho undécimo razona el Tribunal de instancia, al hilo de los artículos 66 y 386.2 citados, que impone «las penas de siete años de prisión y multa de cien mil euros a cada uno de los acusados, atendido el valor de la moneda falsa y el grado de connivencia con los introductores de dicha moneda». La pena asignada al tipo calificado, primer inciso del párrafo 2.º del artículo 386, tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución en connivencia con los autores del párrafo 1.º, es la inferior en uno o dos grados a la señalada en el párrafo primero (que abarca desde los ocho a los doce años de prisión y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda) para los que fabriquen, introduzcan o expendan o distribuyan moneda falsa en connivencia con los dos primeros, luego la Audiencia ha asignado al acusado la pena inferior en grado que va desde los cuatro a los ocho años, ha fijado siete, teniendo en cuenta el valor de la moneda falsa y el grado de connivencia a que se refiere el precepto mencionado más arriba. Teniendo en cuenta el valor mencionado, que se deduce directamente del *factum* en cuanto consigna los billetes falsos intervenidos al acusado tanto en el registro del vehículo como en el almacén, e igualmente el grado de connivencia con el que resulta ser, según el propio relato histórico, introductor de dicha moneda (la obtiene a través de un intermediario, el coacusado H., que, a su vez, la recibe del primer eslabón de la cadena descrita, D.), la degradación de la pena en un sólo escalón no es arbitraria y está justificada. Ahora bien, como subraya el Ministerio Fiscal, una vez decidida la rebaja en un sólo grado es preciso *ex* artículo 66.1 CP la individualización de la pena dentro del mismo, que abarca desde los cuatro a los ocho años, y es aquí donde la Audiencia omite cualquier justificación para imponerla en su mitad superior, es decir, en la cuantía de siete años, pues también es cierto que cuando se desciende un sólo grado es preciso aplicar dentro del marco punitivo correspondiente el artículo 66 citado. Al objeto de evitar mayores dilaciones (devolución de la sentencia a la Audiencia para completar la motivación), a falta de la exposición por el Tribunal de instancia de otras circunstancias distintas a las ya tenidas en cuenta para la rebaja de un grado, que evidentemente no pueden volver a considerarse, sin que tampoco con independencia de lo anterior se constaten otros hechos relevantes atinentes a las circunstancias personales del delincuente y a la

mayor o menor gravedad del hecho, procederá la imposición de la pena en su mínimo legal.

Segundo. También al amparo del artículo 849.1 LECrim el siguiente motivo denuncia la aplicación indebida del artículo 386.2 CP, «al calificar los hechos enjuiciados como delito de adquisición y tenencia de moneda falsa para su expendición, distribución y puesta en circulación», sin que ello se deduzca de los hechos probados. Se sostiene que en éstos en ningún momento se constata que el recurrente conociera la falsedad de los billetes en el momento inicial de su adquisición, limitándose a señalar el *factum* que «conocía su inautenticidad»; igualmente, que el hecho de trasladar los billetes y guardarlos en el maletero no implica que dicha tenencia esté ordenada o dirigida para su expendición o distribución; por último, que la sentencia no contiene razonamiento alguno acerca de cuál de los dos incisos del párrafo 2.º del artículo 386 ha sido aplicado al caso.

El complejo precepto constituido por el artículo 386 CP, concretamente, sus párrafos segundo y tercero, tienen en cuenta el conocimiento que tenga el autor del delito del carácter falso de la moneda cuando obtiene la posesión de la misma, de forma que si desconocía la falsedad será aplicable el párrafo tercero del artículo 386 y si la conocía sería aplicable el segundo inciso del párrafo segundo, es decir, la adquisición de moneda, sabiéndola falsa, con el fin de ponerla en circulación. Pero este párrafo tiene un primer inciso que castiga la tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución siempre que exista algún grado de connivencia con los falsificadores o fabricantes de moneda falsa, los introductores en el país de esa moneda y los expendedores o distribuidores concertados con los falsificadores e introductores. Como ha señalado la STS 1154/2002, los elementos que integran este tipo penal son los siguientes: el hecho objetivo de la tenencia de moneda falsa; la consciente adquisición de la posesión de dicha moneda en connivencia con los falsificadores, introductores, expendedores o difusores; y un propósito posterior, elemento subjetivo, integrado por el destino último de lo poseído, que es su expendición o distribución, sin que sea preciso que ello haya llegado a realizarse (se adelanta la barrera de protección castigándose la tentativa). El inciso segundo, que criminaliza la adquisición de moneda falsa, se diferencia del primero, que indudablemente es el aplicado por la Audiencia, aún cuando suscite confusión el fundamento jurídico octavo, en que no exige la tenencia, es posible cometer el delito sin alcanzar la posesión inmediata de la moneda, ni connivencia con los autores, es decir, se trata de un supuesto de conducta autónoma y no de participación en el plan de aquéllos, mientras que el inciso primero, la tenencia en connivencia preordenada a su expendición o su distribución, abarca los casos comprendidos en las acciones mencionadas realizados por personas integradas en niveles inferiores respecto de los autores del párrafo primero, luego el dolo abarca el conocimiento de la propia tenencia de moneda falsa y de su distribución o expendición como consecuencia del plan trazado por los autores, que se revela en su grado de connivencia con los mismos, en suma, se trata de castigar a los partícipes que conforman los escalones inferiores.

Pues bien, si nos atenemos al hecho probado, intangible en un motivo como el presente, el acusado con el propósito de vender a un tercero los billetes inauténticos de cien dólares americanos que portaba «y de los que conocía su inautenticidad», realizó la acción descrita, siendo detenido en posesión de dichos billetes. En el registro del almacén llevado a cabo posteriormente le fueron ocupados además 1.634 billetes inauténticos de valor facial cada uno de 10.000 pesetas. Más adelante se afirma en el *factum* que sabía que los billetes que le fueron ocupados eran inauténticos y los tenía con el propósito de introducirlos en el mercado y distribuirlos a terceros adquirentes, y a tal efecto le fueron entregados los billetes inauténticos de cien

dólares por el coacusado H., que actuaba como intermediario del también coacusado D., de donde se deduce el elemento objetivo de la connivencia con los introductores de dichos billetes y su conciencia de la falsedad de los mismos, que se infiere nítidamente de los hechos probados.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 24 de febrero de 2004)

ARTÍCULO 390

Agente de bolsa que en libros de operaciones al contado, en lugar del nombre de su representado hace constar el de una empresa suya ya extinta. Norma penal en blanco y retroactividad de las normas penales favorables

Octavo. Examinamos aquí el motivo 6.º de este recurso de D. Carlos también fundado en el núm. 1.º del artículo 849 LECrim, lo que nos obliga a todos a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, como ya se ha dicho.

En este motivo 6.º se denuncia otra vez aplicación indebida del artículo 302 CP anterior, que se corresponde con el 390 CP ahora en vigor.

Se dice aquí que se condenó por «un delito de falsedad en documento mercantil cometido por funcionario público», sin tener en cuenta que los libros registros, en los que se anotaron las operaciones de la cuenta X a nombre de Nalvi S. A., no constituyen un documento público, sino un libro propio de un comerciante.

También ha de rechazarse y para un estudio debidamente sistematizado de las cuestiones de legalidad aquí planteadas vamos a referirnos por separado a cada uno de los elementos constitutivos de este delito del artículo 302 CP anterior que, por lo que aquí nos interesa, coincide con el 390 CP ahora vigente.

1.º Sujeto activo ha de ser un funcionario público, condición que concurría en D. Carlos cuando estos hechos ocurrieron. Había accedido al cuerpo de Agentes de Cambio y Bolsa y se encontraba ejerciendo como tal cuando ocurrieron los hechos por los que se le condenó: 1986 a 1988.

Nos encontramos ante lo que la doctrina llama un delito especial, esto es, que únicamente puede cometerse, en su calidad de autor en sentido estricto, por personas que reúnan una o unas determinadas cualidades que se exigen en la norma penal. Los demás autores en sentido amplio, los del actual artículo 28 (inductores y cooperadores necesarios), así como los cómplices (art. 29), pueden ser condenados por este mismo delito especial, en sus respectivas participaciones, aunque es frecuente (no obligado) que en estos casos se les aprecie una circunstancia atenuante analógica al amparo del núm. 6.º del artículo 21 CP. En el caso presente, si el Sr. Rogelio hubiera sido condenado, tendría que haberlo sido por este artículo 302 (CP anterior), con o sin la mencionada atenuante; y no por el del artículo 303, en aplicación de la doctrina denominada de la unidad del título de imputación reiteradamente aplicada en esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Hay que añadir aquí que la categoría de autor mediano —específicamente introducido en el CP actual (art. 28), pero aplicable bajo el CP anterior (art. 14) en cuanto absorbida en el amplio concepto de autor— responde a la noción de autor en sentido estricto a la que acabamos de referirnos.

Respecto de este primer elemento ninguna cuestión se plantea en el presente recurso.

2.º Tal funcionario público ha de actuar «abusando de su oficio», nos dice el artículo 302, expresión similar a la de «en el ejercicio de sus funciones» utilizada en el vigente artículo 390.

También concurre aquí, pues D. Carlos viene condenado porque tenía organizado en su despacho, para favorecer a un amigo, un sistema de ocultación respecto del nombre de este señor en los diferentes ejemplares de uno de los libros que obligatoriamente tenía que llevar en el ejercicio de sus funciones.

3.º El objeto de este delito ha de ser un documento. No dice el artículo 302, ni tampoco el 390 CP actual, documento público. En principio, porque así lo consiente el texto de estas normas penales, cualquier clase de documento podría ser el objeto de este delito, aunque lo ordinario habrá de ser, precisamente por tener que ser el sujeto activo un funcionario público con abuso de su oficio, que esta actividad delictiva recaiga sobre un documento público u oficial. Recordamos aquí las dificultades que hay para distinguir entre estas dos clases de documentos. En cierta manera lo oficial también es público. Pero esta cuestión aquí no interesa. Ahora sólo hemos de decir que el tan repetido libro de operaciones al contado, en el que con falsedad se hizo constar el nombre de la empresa Nalvi S. A., responde de modo indudable al concepto de documento por vez primera introducido en nuestra Ley penal en el artículo 26 del código actual.

Por lo demás, y para salir al paso de lo alegado explícitamente en el encabezamiento y posterior desarrollo de este motivo 6.º, conviene dejar dicho que estos libros de operaciones bursátiles son documentos públicos u oficiales, en cuanto confeccionados por un funcionario público en el ejercicio de su cargo. Como lo son al propio tiempo las actuaciones de intervención realizadas en las correspondientes pólizas por estos funcionarios en las que, en el caso presente, no hubo falsedad alguna. Advertimos aquí que D. Carlos ocultó la identidad de su amigo hasta donde pudo hacerlo sin arriesgarse en exceso (juicio equivocado, como luego quedó de manifiesto). Quizá hubiera sido demasiado atrevido falsificar también el nombre en las pólizas.

No cabe duda alguna en lo que acabamos de exponer por lo dispuesto en los artículos 1.216 CC, 93 del Código de Comercio y 596 LEC anterior, ahora sustituido por el 317 de la nueva Ley Procesal Civil, aparte de las normas específicas propias de estas profesiones y operaciones de bolsa.

4.º El último de los elementos objetivos de este delito consiste en que se produzca alguna falsedad de las previstas expresamente por el legislador, alguna de las nueve enumeradas en el artículo 302 o alguna de las cuatro recogidas en el vigente artículo 390, equivalentes en lo sustancial, aquella más concreta por la que responde quizá mejor al principio de legalidad penal en su aspecto de *lex certa* o taxatividad (exigencia de la máxima concreción posible en la definición legal en beneficio del ciudadano al que va dirigido: principio de legalidad penal –art. 25 CE–). Y esta última más sintética obedeciendo quizá a una mejor técnica desde el punto de vista gramatical o de la doctrina penal. Estima esta Sala del Tribunal Supremo que nos encontramos ante un caso que encaja perfectamente dentro del núm. 2.º del artículo 302 (así lo calificó el Ministerio Fiscal y también la acusación popular y asimismo la sentencia recurrida aunque todos añadieran algún otro número más: cuestión irrelevante), norma más específica que la del núm. 4.º Ciertamente, en ese hacer constar en los libros registro el nombre de Nalvi S. A., en lugar del verdadero adquirente, Pedro Antonio (el que aparecía con verdad en las pólizas), se estaba suponiendo en un acto la intervención de una persona que no la había tenido, categoría más concreta que la

del núm. 4.º (faltar a la verdad en la narración de los hechos). Concurso de normas a resolver en beneficio de la más específica: artículo 8.1.º CP actual, donde también por vez primera en nuestro CP se regula esta materia.

En este cuarto elemento objetivo encaja lo que hemos dicho antes, al examinar el motivo 5.º a propósito de la relevancia del dato falsificado. Si este dato se refiere a un elemento del documento que, aunque no sea adecuado a la realidad, carece de importancia en orden a la eficacia que ese documento está llamado a producir en el ámbito concreto al que por su naturaleza y contenido se encuentra destinado, entonces estaríamos ante un hecho formalmente típico, pero no antijurídico, porque carecería de aptitud para lesionar el bien jurídico protegido, en este caso la confianza que en el mundo del derecho se deduce de la eficacia probatoria que tienen estos documentos públicos u oficiales confeccionados con la intervención de un funcionario en el ejercicio de su cargo, aunque de hecho no hubiera éste tenido intervención personal en los hechos por haber actuado a través de sus empleados. Luego insistiremos en este tema al examinar el motivo 8.º

5.º Este delito del artículo 302, y lo mismo el del 390 actual, define una figura de infracción dolosa. Conviene dejar claro que aquí el dolo es el único elemento subjetivo del injusto previsto en estas dos normas penales. El llamado con frecuencia, incluso por esta Sala, dolo falsario es sólo una modalidad del dolo que ha de existir en todos los delitos dolosos. Precisamente por no exigirse ningún conocimiento o voluntad o intención especial es por lo que es posible construir una figura legal de delito imprudente con los mismos elementos objetivos que este delito doloso. Como aquí ha querido hacerlo el legislador en el CP actual cuando en su artículo 391 tipifica la misma conducta prevista en el 390, pero para los casos en que se comete mediante imprudencia grave. A este tema hemos de referirnos también después al examinar el motivo 8.º

Por ahora sólo decimos que, tal y como están contruidos los hechos probados de la sentencia recurrida, es claro que nos hallamos ante una modalidad dolosa de este delito de falsedad documental cometida por funcionario público. Actuó D. Carlos con manifiesta intención de favorecer a su amigo, lo que es incompatible con la imprudencia como forma de comisión de esta infracción penal.

Noveno. 1. En el motivo 7.º, por la misma vía del artículo 849.1.º, se plantea otra cuestión puramente legal. Se dice que fue mal aplicado aquí el tan repetido artículo 302 CP anterior porque este precepto penal es una norma en blanco para cuya operatividad han de tenerse en cuenta otras de carácter administrativo.

No es necesario profundizar aquí en el concepto de Ley penal en blanco, que existe cuando una norma penal necesita para su aplicación ser integrada por normas propias de otro orden jurisdiccional (administrativo, civil, mercantil o laboral).

Basta decir aquí que el problema que la doctrina viene examinando a propósito de la retroactividad de la Ley penal más favorable en relación con estas Leyes penales en blanco aquí no se plantea.

Nos dice el recurrente que, como la Ley de Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 deroga ciertas disposiciones administrativas anteriores, ello debe afectar a la conducta que observó en su día D. Carlos, calificada entonces como delictiva, pero no ahora tras la vigencia de estas nuevas normas reguladoras de nuevo en muy importantes aspectos de la profesión de los agentes de bolsa que primero quedaron integrados en un cuerpo único con los corredores de comercio y finalmente todos en el cuerpo de notarios, con las correspondientes consecuencias en cuanto a la manera de operar en materia de contratación bursátil.

No tiene razón el recurrente, y ello de modo evidente:

A) La retroactividad de la Ley penal más favorable que, como vemos, es el argumento utilizado aquí por el recurrente, ha de operar –para producir efectos absolutorios, que son los aquí pretendidos– únicamente cuando una determinada conducta que aparece castigada en la Ley deja de ser punible porque una modificación legal la despenaliza. Esto en modo alguno ha ocurrido aquí. Hacer constar con falsedad un dato relevante por parte de un funcionario, en un documento público u oficial, como lo es el libro oficial de operaciones al contado practicadas en bolsa, era delito antes de la citada Ley de Mercado de Valores y lo es después de ésta. Incluso en el supuesto de que este libro hubiera desaparecido para ser sustituido por otro, incluso si la desaparición se hubiera producido sin sustitución alguna, también subsistiría como punible aquella conducta que fue objeto de sanción en la sentencia recurrida. Queda claro este argumento si pensamos que aún existen esos libros de operaciones al contado, custodiados en el Colegio de Corredores de Comercio donde fueron examinados por los peritos que detectaron las falsedades objeto del presente procedimiento (folio 238 del tomo I) y que todavía cabe certificar de su contenido conforme a lo dispuesto en el antes citado artículo 228 del Reglamento aprobado por Decreto 1506/1967 de 30 de junio y demás normas aplicables ahora a la función notarial que desempeñan en este momento con mayor amplitud los antiguos Agentes de Cambio y Bolsa tras las modificaciones legales antes indicadas y a las que nos referiremos al examinar el motivo 10.º

B) También es claro que el nuevo modo de actuar en la contratación bursátil y las consiguientes modificaciones en la manera de llevarse los libros por parte de los agentes de bolsa –consecuencia de la informatización del sistema– no pueden tener como resultado la pretendida despenalización. El que, por ejemplo, no se requiera la presencia física del contratante a efectos de su identificación por el agente o notario no afecta para nada a la forma en que se cometieron las infracciones penales por las que viene condenado D. Carlos: repetidas a lo largo de 108 operaciones diferentes durante unos tres años y todas incluidas en un solo delito continuado en un claro beneficio para el reo. Ningún problema de identificación podía existir en estas circunstancias, máxime siendo el contratante amigo del funcionario mediador.

2. Pero es que, incluso en el caso extremo antes aludido, esto es, si hubieran desaparecido del sistema de contratación bursátil esos libros de operaciones al contado en los que se realizaron las infracciones de falsedad de documentos, tampoco podríamos dar la razón al recurrente conforme se plantea este problema en la doctrina de los últimos años.

Hay que profundizar en la naturaleza y razón de ser de este precepto por el que nuestro CP tradicionalmente viene concediendo eficacia retroactiva a las modificaciones legales que son favorables al acusado o condenado penal (art. 2.2 CP actual y 24 CP anterior), para llegar a la conclusión de que no cualquier modificación de una norma extrapenal con incidencia penal siempre ha de aplicarse cuando pueda ser beneficioso para el reo.

Tradicionalmente el Derecho Penal de los últimos siglos vino negando tal aplicación retroactiva. Pero después, en línea con las tesis humanitarias que han informado esa rama del derecho, se predicó la doctrina contraria, la cual, en todo caso, no cabe aplicar de modo indiscriminado, pues hay que distinguir casos y casos.

Para concretar tal distinción la doctrina ha venido utilizando dos criterios:

1.º Diferenciar los casos en que verdaderamente está justificada esa retroacción en beneficio del reo porque el legislador ha valorado de modo diferente la conducta antes punible que, por tal cambio, queda despenalizada, respecto de aquellos otros en

que tal despenalización se produce por razones de cambio en las circunstancias del hecho, que sería lo ocurrido en el caso presente, en que, subsistiendo el criterio del legislador de considerar punibles las falsedades como las aquí examinadas, se habría producido una nueva situación fáctica al haberse suprimido los libros de operaciones al contado o al llevarse éstos de modo diferente como consecuencia de la adaptación del sistema de contratación bursátil a las exigencias de la informatización. Nos parece razonable entender que en estos últimos casos no ha de tener lugar esa retroactividad.

2.º El otro criterio de diferenciación es el que tiene en cuenta si la modificación de la norma extrapenal afecta o no al núcleo del comportamiento delictivo, en este caso si esa supresión del mencionado libro o su nueva regulación tiene algo que ver con el núcleo de la conducta falsaria por la que se condenó. Nos parece evidente que tampoco este segundo criterio puede propiciar un pronunciamiento absolutorio por la pretendida retroactividad.

Hay que rechazar también este motivo 7.º

(Sentencia de 23 de abril de 2004)

Inspector de hacienda que falsifica actas de inspección: el hecho de que se les atribuya el carácter de documentos predecisorios o simples propuestas para una posterior liquidación tributaria, no les priva del carácter de documento oficial

Segundo.—En el correspondiente ordinal y por la vía del artículo 849.1º LECrim se alega la aplicación indebida del artículo 390.1.4.º del Código, falsedad documental en su modalidad de «faltar a la verdad en la narración de los hechos».

La queja se proyecta desde una doble perspectiva o fundamentación.

a) Las actas que fueron extendidas no pueden tener la consideración de documentos a efectos delictivos.

b) No se falta a la verdad en la narración de los hechos cuando se consignan consecuencias o conclusiones que son ciertas conforme a los hechos de las que se derivan; ni tampoco se falta a la verdad por la ausencia de constatación de algunas diligencias.

1. El primer apartado se desvirtúa por las propias razones que el recurrente aporta. Nos dice que el documento sólo tendrá tal consideración en la medida en que comporte una liquidación tributaria, ya que sólo en tal caso puede entrar en el tráfico jurídico. Interpretación personal que en modo alguno puede ser asumida.

Invoca también la sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2000 en la que se dice: «que las actas de la inspección no tienen otra naturaleza que la de documento público (quizá sea más correcto caracterizarlo de “oficial”) emanado de funcionario competente con las solemnidades requeridas por la Ley (art. 1.216 CC), de forma que las obligaciones tributarias no nacen de ellos, sino de los actos administrativos de gestión tributaria o liquidaciones que de las mismas dimana».

Menciona asimismo, en apoyo de la tesis que sostiene, la exposición de motivos del Reglamento General de la Inspección de Tributos, que en su apartado IV señala: «el acta se concibe así como un documento que se caracteriza por cuanto va a suponer necesariamente un acto administrativo cuyo contenido consiste en una liquidación tributaria. Supone ello que el acta, como forma escrituraria de expresión de unos hechos, es efectivamente un documento; además así lo dicen expresamente, tanto el artículo 145.3 LG Tributaria como el artículo 62.1 del Reglamento General de la Inspección de Tributos».

2. Como hemos podido apreciar, los propios argumentos del recurrente atribuyen a las actas levantadas por los inspectores el carácter de documentos, indudablemente, de naturaleza oficial.

El hecho de que se les atribuya el carácter de documentos predecisorios o simples propuestas para una posterior liquidación tributaria no les priva del carácter de documento oficial en cuanto se «hallan confeccionados por el funcionario público competente, dentro de las atribuciones de su cargo y con las pertinentes formalidades legales, y, por tanto, son susceptibles de producir efectos jurídicos en el ámbito administrativo (oficial)». No hace falta que el efecto sea el propio de una liquidación, desde el momento que para efectuar ésta se tienen o se pueden tener en consideración las actas de inspección, que surten efectos ilustrativos sobre el órgano que ha de resolver, y en razón a tal funcionalidad su contenido se le supone real y auténtico; de ahí que sirvan de soporte y fundamento para una posterior resolución.

El dato mismo de su anulación, producida en el caso de autos, nos indica que, declarándolos así, se les privó de todos sus efectos, en particular, el de constituir elementos informativos a tener en cuenta al adoptar la resolución pertinente.

3. Tampoco la segunda objeción puede prosperar. Se dice que las actas redactadas por el acusado no faltan a la verdad en sus consecuencias, por cuanto son plenamente coherentes con los antecedentes consignados en ellas que, de ser inexactos, merecerían el calificativo de una irregularidad formal.

El argumento parte de un presupuesto falso, cual es, que nos hallamos ante simples irregularidades formales, cuando la naturaleza procesal del motivo (infracción de Ley) obliga a la plena sumisión a la resultancia probatoria.

De los términos del *factum* se desprende no una irregularidad formal, sino una consciente y deliberada alteración de la realidad (por cierto, llamativa y escandalosa) al dejar de consignar unos datos de relevancia tributaria, que el inspector de sobra sabía que era preciso constatar. Su omisión, según hechos probados, podía constituir delito, y para su ocultación solicitó una dádiva de 60 millones, que el obligado tributario, coacusado en el proceso, entregó en su momento al inspector.

El motivo debe rechazarse.

(Sentencia de 14 de noviembre de 2004)

ARTÍCULO 392

El acusado encarga la fabricación de corbatas, exactamente iguales a la muestra que proporciona, siendo confeccionadas en la República de China, al punto de copiarse la etiqueta de tales corbatas, en donde figuraba el NIF de su fabricante original y la mención «Corbatas Barcelona». Concepto de dolo falsario. No cabe imprudencia: el acusado es un publicista, al que se le supone conocedor de su actividad comercial. La etiqueta de una corbata es un documento, a efectos del artículo 26 del Código Penal. Límites entre la falsedad documental común y la específica del artículo 274 del Código Penal

Primero.—La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, condenó a Abelardo como autor de un delito de falsedad documental, junto a otros pronunciamientos que no son objeto de recurso de casación, que se formaliza por tal acusado en

la instancia, cuyos dos primeros motivos se viabilizan por vulneración de derechos fundamentales, al amparo de lo autorizado en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, alegando como infringidos el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución Española), y en segundo lugar, el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de nuestra Carta Magna), pero no derivado de un vacío probatorio, sino de que «no se ha desvirtuado la tesis de defensa de que mi mandante obró, en el peor de los casos, de modo gravemente imprudente».

Este planteamiento sostiene, por consiguiente, un déficit explicativo en la sentencia dictada por la Sala sentenciadora que puede ser estudiado conjuntamente con el primer motivo, que reclama la falta de motivación de aquélla en tanto «no se expresan las razones por las que se entiende que mi mandante obró precisamente con dolo de cometer una falsedad».

El dolo falsario requiere el conocimiento en el agente que altera conscientemente la verdad por medio de una mutación o suposición documental, y ataca también la confianza que la sociedad tiene depositada en el valor de los documentos, como reflejo verdadero de lo que contienen, expresan o prueban.

El relato fáctico expresa que el recurrente, Abelardo, encargó a una empresa (en la que trabajaba un familiar suyo) que se confeccionaran 27.000 corbatas idénticas a la que suministró como muestra (para ser utilizada en una campaña publicitaria para una colonia), y tal corbata de muestra había sido comercializada con anterioridad por la empresa GANDOLPHI, S. L., al punto que en la etiqueta de la misma constaba su NIF B60180419, y la mención «Corbatas Barcelona»; tal identificación fiscal se correspondía en efecto con la de la empresa GANDOLPHI, S. L. Las corbatas se hicieron finalmente en la República de China, y enviadas a la entidad publicitaria de Abelardo (COTYASTOR, S. A.) que las incluyó en un lote de estuches junto a la colonia «Cobalt», siendo vendidos en distintos establecimientos comerciales en una campaña de Navidad.

Aunque el Tribunal sentenciador no pormenoriza el razonamiento para llegar a la atribución de tal dolo falsario en el acusado, es lo cierto que éste es evidente, pues de tal relato se desprende el inequívoco convencimiento del publicista de la utilización para el modelo que habría de servir para la confección masiva de corbatas, de una que correspondía a una firma que las comercializaba, como se prueba con su marca o signo distintivo («Corbatas Barcelona», salvo lo que después diremos), y su NIF, correspondiente a la entidad GANDOLPHI, S. L. En definitiva, resulta notorio que quien solicita la realización de un producto a un fabricante con la aportación de un ejemplar que se encuentra comercializado en el mercado (por un tercero) conoce que se producirá una falsificación del modelo suministrado. Aquí no cabe imprudencia en quien es comercial de una empresa dedicada precisamente a la publicidad. En el *factum* consta que el acusado era «product manager» del departamento de marketing de COTYASTOR, S. A. Alegar, pues, desconocimiento o ignorancia de tal acción antijurídica está totalmente fuera de lugar: la acción de crear un producto de manera que induzca a error sobre su fabricante aporta un evidente dolo falsario.

Ambos motivos carecen de fundamento y tienen que ser desestimados.

Segundo. El tercer motivo del recurso, formalizado por infracción de ley, del número primero del artículo 849 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación de los artículos 392 y 390.2 del Código Penal, bajo el argumento de que «la falsedad producida por el confeccionista chino no tuvo efectos en el tráfico jurídico-económico, con lo que no lesionó el bien jurídico específico del delito de falsedades documentales».

El motivo tiene que ser desestimado. Es evidente que la colocación (por encargo del recurrente) de la etiqueta en una corbata con un número de NIF ajeno a su fabri-

cante, y perteneciente al perjudicado por el delito, entra de lleno en el tráfico mercantil, pues no solamente altera la verdad, sino que incide directamente en la confianza del mercado, en el sentido de que lo que expresan las etiquetas de los productos comercializados corresponden en efecto a quien verdaderamente ha fabricado un producto. Y decir, por otro lado, que tal simulación no se ha producido porque tales etiquetas (en el reverso de las corbatas) no eran visibles con anterioridad a la adquisición del lote (colonia y corbata) es igualmente rechazable, porque la falsedad existe desde el momento en que se incorpora como etiqueta una mención falsa de fabricación, aunque se encuentre alojada en un lugar no visible exteriormente. Es más, bajo este argumento cualquier falsificación de una etiqueta sería impune porque ordinariamente las etiquetas de las prendas de vestir, y de otros artículos, se ubican en lugares no visibles exteriormente.

Hay dos cuestiones que debemos tratar en este motivo, aun cuando una de ellas no se haya planteado directamente por el recurrente. La primera, que el concepto de documento que se incorpora al artículo 26 del Código Penal es suficientemente amplio para alojar en él la consideración de una corbata, como «documento». A los efectos de este Código —dice tal precepto— se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. La etiqueta de una corbata, en efecto, es un soporte material que incorpora datos con relevancia jurídica: NIF y marca.

La segunda cuestión es la calificación como delito de falsedad documental común, y no del más específico tipo que se describe hoy en el artículo 274 del Código Penal, que castiga al que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas, y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique, o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentra registrado, teniendo en cuenta que las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas, posea para su comercialización, o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de dicho artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero.

Ahora bien, teniendo en cuenta que no consta la inscripción de «Corbatas Barcelona» como signo distintivo (en razón de su mención genérica relativa a una localidad), se recondujo la calificación jurídica a la acogida finalmente por la Sala sentenciadora que se derivaba de la consignación falsa de la mención del NIF de la empresa que efectivamente comercializaba legalmente tales corbatas. Sin duda tal mención falsa, reproducida en las etiquetas de las corbatas imitadas, tiene relevancia jurídica para integrar el tipo de falsedad documental por el que ha sido condenado el recurrente. En efecto, dicho número identifica al fabricante, tiene relevancia fiscal, y constituye en definitiva un dato también relevante para la alteración de la verdad, cuya protección se lleva a cabo por el precepto penal que ha sido infringido por el recurrente. A través de tal número pueden encauzarse las reclamaciones que el consumidor considere pertinentes respecto a la calidad del producto adquirido.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 13 de febrero de 2004)

ARTÍCULO 404

Prevaricación de Presidente de Comunidad Autónoma: doctrina general

Tercero.—Este motivo se plantea con sede procesal en el artículo 849.2.º de la LECrim por error de hecho en la apreciación de la prueba y referido al delito de prevaricación por el que fue condenado el recurrente.

[...]

Resumiendo la doctrina jurisprudencial que ha interpretado, tanto el artículo 358 del anterior Código Penal como el 404 del vigente, podemos indicar lo que sigue:

1.º El bien jurídico protegido por las normas es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública, evitando cualquier descrédito de la misma que pudiera dañar la confianza que los ciudadanos han de tener en ella, con sujeción a los valores que nuestra Constitución establece en este orden de cosas y que tienen su reflejo principal en sus artículos 103 y 106, el primero estableciendo la obligación de la Administración de servir con efectividad a los intereses generales y el segundo indicando su pleno sometimiento al principio de legalidad.

2.º Al tratarse del delito de prevaricación de lo que se ha dado en llamar un «delito especial propio», los elementos objetivos de la «autoría» están determinados por la cualidad de funcionario público del agente comisor, cualidad que como antes hemos indicado está definida en el artículo 119 del Código de 1973 y en el 24.2 del Código vigente. A esta cualidad hay que añadir la de que el funcionario que dicta el acto administrativo prevaricador ha de tener facultades «decisorias» dentro de su ámbito competencial.

3.º En cuanto a lo que ha de entenderse por «resolución», se ha de tener por tal cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido «decisorio» que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general.

4.º Respecto al requisito de la injusticia o arbitrariedad, el acto (elemento fáctico y a la vez normativo del tipo) se puede referir bien a la carencia de los elementos formales o procedimentales legalmente exigibles para la producción del acto administrativo o bien a su propio contenido sustancial. En este orden de cosas no basta, sin embargo, que ese acto o resolución sea simplemente ilegal o no conforme a Derecho (ello puede subsanarse mediante los correspondientes recursos), sino que, además, ha de existir o apreciarse una notoria e indiscutible contradicción con el ordenamiento jurídico que suponga un «plus» de antijuridicidad.

5.º Finalmente es necesario que exista un dolo muy concreto en la actividad delictiva, dolo que se traduce en la exigencia de que el agente comisor dicte la resolución arbitraria «a sabiendas» de su injusticia. Este aspecto subjetivo de la intencionalidad debe tener su verdadera dimensión en cada caso concreto, pues no es lo mismo que el hecho sea cometido por una persona lega en conocimientos jurídicos que otra que por su profesión, cargo o cualquiera otra circunstancia posea esos conocimientos, sobre todo en el ámbito administrativo.

Aplicando o trasvasando esas ideas generales al supuesto aquí enjuiciado y que se refiere al llamado asunto de la «Cartelería» (hecho segundo de la sentencia), hemos de entender que el acusado, ahora recurrente, fue autor del delito de prevaricación por el que fue condenado, dados los siguientes hechos que así resumimos:

a) En la fecha de su comisión, al igual que hemos indicado en el caso de la malversación, el acusado ostentaba el cargo de Presidente de la Diputación Regional

de Cantabria con toda la autoridad política y funcional que ello representa y que ha de concretarse en su plena competencia y capacidad decisoria para dictar actos administrativos, bien por sí directamente, bien a través de sus subordinados.

b) Hasta el 1 de junio de 1988, el Servicio de Mantenimiento, Aposentamiento y Seguridad de la Diputación era el organismo que se ocupaba de confeccionar los carteles anunciadores de todas las obras públicas realizadas por esa entidad, aunque a costa de los contratistas que, previa inclusión de su precio en las respectivas contrataciones, asumían la obligación de abonarlas y retirarlas de los talleres o almacenes del mencionado Servicio y colocarlas en los lugares de las obras, siendo su precio el de 87.506 pesetas por cada cartel.

c) El Consejo de Gobierno de la Diputación, a instancia del acusado en su calidad de Presidente, con fecha 22 de junio de 1988, tomó el acuerdo de adjudicar este servicio de «cartelería» a la empresa privada «Oyprocansa» por precio de 141.306 pesetas por cartel, precio que había de abonarse a través de la cuenta denominada «Agrupación de valores independientes» en la que los contratistas de obras debían depositar su precio al mismo tiempo que la primera certificación de obras.

d) Esta adjudicación, cuya causa primera fue la amistad que unía al Presidente con el administrador único y propietario de la empresa adjudicataria, se realizó directamente sin tramitación de expediente administrativo de ninguna clase, sin previo concurso ni consulta de precios a otras empresas del ramo, es decir, sin cumplirse mínimamente las normas que la legislación administrativa exige para estos supuestos de adjudicación de obras o servicios públicos a favor de terceros particulares. Únicamente se expresó en el acuerdo que la adjudicación directa tenía como causa el conseguir «una mayor coordinación y urgencia en las instalaciones», resultado que según ha quedado perfectamente probado se sabía de antemano que no se iba a conseguir, dada la poca entidad de la empresa adjudicataria y su casi nula experiencia en el campo de la confección e instalación de este tipo de carteles.

e) En otra reunión del Consejo de Gobierno, celebrada el 9 de diciembre del mismo año 1988, se tomó el acuerdo de modificar la forma de pago para que éste fuera más rápido y favoreciera a la empresa adjudicataria en el sentido de que tal pago se haría con cargo al presupuesto de publicidad y propaganda, pero ello, igualmente, sin tramitarse expediente de clase alguna, forma de actuar que supuso la disconformidad del Interventor Delegado de Hacienda expresado en informe de 17 de enero de 1989, informe que fue ratificado por la Intervención General el día 30 del mismo mes y año, y ello debido, amén de a la falta del reglamentario expediente, al hecho de que no era posible imputar el pago a los fondos públicos, sino únicamente hacerlo con cargo a los ingresos que deberían haberse efectuado en la ya mentada cuenta de «valores independientes» cuya naturaleza contable era la de simple cuenta de depósitos, sin que pudiera tener déficit de clase alguna. Sin embargo, por mor del adelanto del pago a la empresa adjudicataria antes de obtener los ingresos de los contratistas, esa cuenta presentó poco después un saldo negativo de 95.967.403 pesetas, según comunicó el Interventor Delegado al Interventor General, constituyendo el total de los pagos efectuados a favor de «Oyprocansa» desde la adjudicación inicial hasta la llegada de un nuevo Gobierno a la Diputación en diciembre de 1.990, el de 246.457.527 pesetas, habiendo producido, además, los persistentes saldos negativos unos costes de financiación de 8.827.593 pesetas.

f) Finalmente, ha de destacarse que el acusado-recurrente es Abogado en ejercicio, fue en cierta época Alcalde del Ayuntamiento de Santander y durante el tiempo de comisión de los hechos descritos y enjuiciados, según se ha dicho, Presidente de la Diputación Regional de Cantabria. Ello significa que era perfecto conocedor de las normas administrativas, tanto las generales del Estado como las referentes a la Comu-

nidad Autónoma, que regulan las adjudicaciones de las obras públicas, lo que demuestra que su falta de observancia en el caso concreto demuestra que los llevó a cabo (u ordenó que se llevasen) a plena conciencia, es decir, «a sabiendas».

Por lo expuesto, el tercer motivo ha de rechazarse.

(Sentencia de 31 de marzo de 2004)

Alcalde que resuelve injustamente sobre derribo de edificio dentro del conjunto histórico, pero no singularmente protegido: inexistencia de delito contra el patrimonio y sí del de prevaricación administrativa

Primero.—Planteamiento. La sentencia recurrida condenó a D. Alexander y a D. Romeo como autores, respectivamente, de los delitos relativos al patrimonio histórico de los artículos 321 y 322.2 CP vigente. En enero de 1997, el primero, constructor que había comprado una finca con una casa antigua, situada en el barrio de Alceda, en el municipio de Corvera de Toranzo (Cantabria), dentro del perímetro declarado conjunto histórico artístico por decreto del Gobierno de la Comunidad de Cantabria, procedió a su demolición para construir allí 24 viviendas, previa obtención de licencia para movimiento de tierras, concedida por el segundo en calidad de alcalde de tal municipio.

Dichos dos condenados recurren ahora en casación por tres y cinco motivos, respectivamente.

Tal y como razonamos a continuación hay que estimar totalmente el recurso de D. Alexander con el consiguiente pronunciamiento absolutorio, y parcialmente el de D. Romeo para condenarle por el delito ordinario de prevaricación del artículo 404 que tiene asignada menos pena que el de prevaricación específica del citado 322.2.

Recurso de D. Alexander:

Segundo.— 1. Vamos a referirnos a su motivo 3.º, pues la absolución, que de su estimación se deriva, nos excusa del examen de los otros dos.

Este motivo 3.º se ampara en el núm. 1.º del artículo 849 LECrim con denuncia de aplicación indebida del referido artículo 321 CP que dice así: «Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años».

Según tal definición son elementos constitutivos de este delito los siguientes:

1.º Una acción de derribo o alteración grave. La expresión derribo es de fácil comprensión y probablemente plantee pocos problemas. No ocurre lo mismo con la de alteración grave, pues delimitar tal gravedad es una cuestión de valoración difícil de precisar. Tres cosas hemos de decir aquí: a) Ha de ser cuantitativamente importante. b) Ha de ser cualitativamente relevante en cuanto a la finalidad que esta norma penal tiene: la protección del interés histórico o asimilados expresados en la norma, de modo que, caso de alteración parcial, ésta afecte a la parte del edificio en la que ese interés protegido se concreta. c) Cuando tal gravedad no exista, se plantea el problema de la posible aplicación del artículo 323, que no exige esa gravedad y parece una norma genérica frente a la del 321, más específica. Aunque lo más adecuado con tal sistemática —y sobre todo con la pena más importante de las previstas, la de prisión, que paradójicamente es más grave en el artículo 323 en cuanto a su duración mínima—, quizá tenga que ser relegar estas conductas al derecho administrativo sancionador.

2.º Tal derribo o alteración grave ha de recaer sobre algún edificio, conforme tal concepto aparece definido en nuestro diccionario oficial: «obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos; como casa, templo, teatro, etc.».

3.º Este edificio tiene que ser «singularmente protegido por su interés histórico, artístico, cultural o monumental».

Nos encontramos ante una norma en blanco en cuanto este elemento normativo del tipo. La doctrina entiende que el precepto administrativo a tener aquí en cuenta es el artículo 9.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, sobre patrimonio histórico, que dice así: «Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del patrimonio histórico español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley 16/1985 (véase su disposición adicional segunda) o mediante Real Decreto de forma individualizada». En todo caso, esa singular protección ha de venir determinada por alguno de esos cuatro intereses que han de constituir el fundamento o razón de ser de esa protección y que viene precisado en los adjetivos: «histórico, artístico, cultural o monumental».

4.º Ha de concurrir dolo, es decir, ha de actuarse con el conocimiento de que concurren en el hecho los elementos objetivos de la infracción penal que acabamos de examinar, elemento común a todos los delitos de carácter doloso. La conducta que estamos examinando, si fuere cometida mediante imprudencia grave, también sería constitutiva de delito por lo dispuesto en el artículo 324 CP.

Por último, hay que añadir aquí lo siguiente:

A) Nos encontramos ante un delito de resultado en el que la producción de un daño concreto (destrucción o alteración grave de un edificio) es necesario para la consumación del delito, lo que permite su punición en casos de tentativa, cuando ya la ejecución hubiera comenzado. No así en los casos de conspiración, proposición o provocación, al no existir al respecto previsión legal concreta (arts. 17.3 y 18.2 CP).

B) No nos encontramos ante un delito especial, es decir, la norma penal del 321, no exige cualidad alguna en el sujeto activo para cometer este delito, a diferencia de lo previsto para el del 322 al que luego nos referiremos, por lo que no se plantea problema alguno al respecto en los casos de participación de otras personas en concepto de coautores, inductores, cooperadores necesarios o cómplices.

C) Es posible la comisión por omisión si concurren los requisitos del artículo 11 CP.

D) Es aplicable la atenuación específica del artículo 340 que prevé de modo preceptivo la sanción del delito con las penas inferiores en grado cuando el culpable hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado.

2. A la hora de aplicar la doctrina expuesta al hecho que estamos examinando, no cabe duda alguna acerca de que concurren los requisitos que acabamos de enumerar como 1.º, 2.º y 4.º. Ciertamente, D. Alexander destruyó un edificio y ello de forma dolosa con un dolo directo de primer grado.

Sin embargo, a diferencia de lo que considera la sentencia recurrida (fundamento de Derecho 3.º.1), nosotros entendemos que falta en el caso el elemento 3.º: no nos encontramos ante un edificio «singularmente protegido» por alguna de esas razones expresadas en este artículo 321 CP con los adjetivos «histórico, artístico, cultural o monumental».

Veámoslo:

Este artículo 321, al recoger en su texto la expresión referida, está definiendo un elemento normativo del tipo que, como acabamos de decir, confiere a este artículo el

carácter de norma penal en blanco, para cuya integración hemos de acudir al ya citado artículo 9.1 de la Ley 16/1985, sobre patrimonio histórico español.

Hay una coincidencia muy significativa en los términos utilizados en la norma penal («edificios singularmente protegidos») y en la Ley administrativa («singular protección y tutela»), coincidencia que nos conduce a afirmar que ese artículo 9.1 es el que ha de considerarse como el integrador de esa norma en blanco del artículo 321 CP.

Y este artículo 9.1 nos dice que para alcanzar ese carácter de «singular protección» los bienes integrantes del patrimonio histórico español han de ser declarados de interés cultural. Y a tal declaración puede llegarse por dos caminos: por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada, previo el trámite del correspondiente expediente administrativo.

Estimamos que la referencia a «esta Ley» ha de relacionarse con lo que nos dice su disposición adicional segunda que se concreta en tres decretos: el de 22 de abril de 1949 (que se refiere a los castillos), el 571/1963 (regulador de los escudos, emblemas, cruces de término y similares) y el 449/1973 (que protege los hórreos o cabazos antiguos de Galicia o Asturias). Ninguno tiene nada que ver con el hecho que estamos examinando.

Y la expresión «mediante real decreto de forma individualizada» nos conduce a la necesidad de que haya una disposición administrativa que de modo concreto declare a un determinado objeto como bien de interés cultural. También es aquí muy revelador el uso de la palabra «individualizada». Hablar de singular (con referencia a los bienes) o de individualizada (con referencia a la declaración por decreto) es algo contrario a la expresión conjunto histórico, aunque los edificios incluidos en éste sean también bienes de interés cultural (art. 14.2 de tal Ley 16/1985). Estos conjuntos históricos aparecen definidos en el artículo 15.3 como agrupación de bienes inmuebles o como núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior.

Cuando, como en el caso presente, nos hallamos ante un conjunto histórico, es claro que estamos ante una pluralidad de elementos, «tanto inmuebles edificados como espacios libres exteriores o interiores...», según podemos leer al respecto en el artículo 21.1 de la misma Ley 16/1985.

La sentencia recurrida alude a la disposición transitoria primera de esta Ley 16/1985 como apoyo para su argumentación de que un edificio incluido en el perímetro del conjunto histórico ha de tener la consideración de singularmente protegido.

Esta disposición adicional primera no cambia los términos en que venimos aquí razonando. Se refiere a «los bienes que con anterioridad hayan sido declarados histórico-artísticos o incluidos en el Inventario del Patrimonio Artístico y Arqueológico de España», para decirnos que pasan a tener la consideración y a denominarse bienes de interés cultural. Pero nada dice de esa singularidad exigida en la figura de delito que estamos examinando. Todos son bienes de interés cultural, los edificios singularmente protegidos (art. 321) y los que forman parte del inventario referido. Sin embargo, no todos los que se consideran protegidos como de interés cultural pueden tener esa nota de singularidad. No olvidemos que el artículo 321, además de referirse a edificios y al interés histórico, artístico, cultural o monumental, nos dice «singularmente protegidos» y lo que hace la sentencia recurrida en su fundamento de Derecho 3.º.1 es simplemente condenar como si tal singularidad no fuera un elemento del tipo, con lo cual, a nuestro juicio, está haciendo una interpretación extensiva o analógica contraria al reo respecto de una norma penal, lo que constituye una vulneración del principio de legalidad penal ahora incorporado a nuestra Constitución en su artículo 25.1.

Ciertamente, la inclusión de un edificio en la declaración de conjunto histórico artístico hecho por Decreto 34/1985 del Gobierno de Cantabria no convierte a cada uno de los edificios comprendidos dentro del perímetro definido en la propia norma

jurídica en «singularmente protegido». El propio artículo 9 y siguientes de la citada Ley 16/1985 regulan el expediente administrativo a seguir para esa declaración de singular protección que habrá de terminar por medio de ese decreto que ha de declarar de forma individualizada un determinado bien como de interés cultural. En el caso presente falta este elemento objetivo del delito y, en consecuencia, fue mal aplicado al caso el artículo 321 CP.

3. Hemos de añadir aquí que no cabe aplicar tampoco al caso el artículo 323 CP, norma que, por su objeto, es de mayor ámbito que la del artículo 321, pues, por lo que aquí nos interesa, castiga los daños causados en «bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental» (el querellante también acusó por este delito –folio 972, tomo VI–). Es decir, aquí no se exige el requisito requerido de la singular protección.

Los hechos probados de la sentencia recurrida, de los cuales necesariamente hemos de partir para resolver este motivo de casación planteado por la vía del núm. 1.º del artículo 849 (art. 884.3.º LECrim), sólo nos dicen al respecto que el edificio derribado por orden de D. Alexander, además de hallarse dentro del perímetro de conjunto histórico artístico de Alceda, era «una casa montañesa de construcción antigua compuesto de planta baja, primer piso, solana en la fachada principal y cobertizo añadido». Entendemos que éstos no son datos suficientes para que podamos afirmar como presupuesto fáctico de una condena penal que nos encontramos ante un bien «de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental» conforme lo exige este artículo 323. Ni siquiera se precisa la fecha de la antigüedad ni se concreta ninguna fotografía de la construcción derribada. Tampoco aparece ningún informe pericial que podría haberse efectuado al respecto con aportación de datos complementarios que nos ilustraran acerca del valor cultural de estas casas montañesas.

Hay que estimar este motivo 3.º del recurso de D. Alexander, con la consiguiente absolución de éste en la sentencia que se dicta a continuación de la presente.

[...]

Quinto.–Vamos a tratar aquí unidos sobre los motivos 1.º, 2.º y 3.º de este recurso, todos ellos amparados en el núm. 1.º del mismo artículo 849 LECrim en los cuales se alega infracción de Ley por aplicación indebida al presente caso del artículo 322.2 CP.

Hemos de pronunciarnos en los términos siguientes: 1.º No hubo efectivamente tal delito del artículo 322.2 CP. 2.º Pero existió el de prevaricación de autoridad pública del artículo 404.

Veámoslo:

A) El delito del artículo 322.2 se refiere a un caso particular de prevaricación de autoridad o funcionario, agravado por la materia específica a la que se refiere: la concesión de una autorización administrativa para un proyecto de derribo o alteración de edificio singularmente protegido por ser interés histórico, artístico, cultural o monumental.

Así se deduce de la relación que este artículo 322.2 tiene con el 322.1 y con el 321, así como con la denominación del capítulo II del título XVI del libro II del CP del que forman parte estas normas: «De los delitos sobre el patrimonio histórico».

El artículo 322.2 sanciona específicamente «a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia».

Esta expresión, «su concesión», hace referencia tácita al párrafo anterior al que expresamente alude en cuanto a la determinación de la pena. Por ello ha de entenderse que esa concesión ha de ser la de autorización para «proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos» como dice el artículo 322.1.

Y, a su vez, esta norma del 322.1 hace referencia tácita al 321 que nos dice la razón de ser de esa singular protección, que radica, como ya hemos dicho, en su «interés histórico, artístico, cultural o monumental». Figuras de delito, todas éstas, comprendidas en un mismo capítulo denominado «de los delitos sobre el patrimonio histórico».

Así las cosas, basta con referirnos a lo que hemos dicho en esa misma resolución en su fundamento de Derecho 2.º, a propósito del motivo 3.º del recurso de D. Alexander, para que quede fundamentada la primera de las dos aseveraciones antes expuestas: en el caso presente no existió este delito de prevaricación cualificada, porque el edificio que se destruyó por orden de dicho D. Alexander no era un edificio singularmente protegido. Nos remitimos a lo dicho en el mencionado fundamento de Derecho 2.º de esta sentencia.

Que este artículo 322.2 es un delito cualificado respecto de la prevaricación ordinaria relativa a funcionario administrativo del artículo 404 no ofrece duda alguna, no sólo porque así se deduce de la estructura de estos tipos delictivos conforme aparecen definidos en el propio código, sino por la expresa referencia que el 322 hace a la pena del 404 cuando sanciona con la misma de ésta más la de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses. Por tanto, acusar de aquél implica acusar por éste.

B) Pasamos a examinar la segunda de las dos aseveraciones referidas: hay aquí un delito de prevaricación ordinaria del artículo 404 CP actual que se corresponde con el paralelo 358 CP anterior.

Ante todo hemos de poner de manifiesto que con esta condena, que pasamos a razonar a continuación, no se presenta problema alguno en cuanto al necesario respeto del principio acusatorio: 1.º Porque se acusó expresamente por el Ministerio Fiscal y por la acusación popular, Unión Cantabra de Corvera de Toranzo, por el artículo 322.2 y también por el 404, como podemos comprobar examinando sus respectivos escritos de calificación provisional (folios 959 y 972, tomo VI, de las diligencias previas), elevados en este punto concreto a conclusiones definitivas en el acto del juicio oral (folios 924 y 925 del tomo II del rollo de la Audiencia Provincial). 2.º Porque, como acabamos de decir, en todo caso la acusación por el 322.2 implica acusar por el delito homogéneo y más leve del 404, dada la existencia entre ellos de una relación de género (el delito del 404) a especie (el del 322.2).

Veamos ahora cuáles son los elementos de este delito del artículo 404 y luego cómo concurren todos en el caso presente:

a) Del texto de estas dos normas penales deducimos que son tres los elementos que se requieren para la existencia de este delito genérico de prevaricación administrativa:

1.º La cualidad de funcionario público o autoridad en el sujeto activo del hecho, conforme a las definiciones que de estos conceptos nos ofrece el artículo 24 CP. Se trata de un delito especial que no permite autoría propiamente dicha de personas que no reúnan la condición expresamente requerida en la norma penal, lo que no excluye que estas personas puedan ser condenadas en calidad de partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices).

2.º Que haya una resolución injusta en asunto administrativo, en términos del artículo 358 CP 73, o arbitraria, conforme nos dice el 404 CP 95, con lo que nos recuerda el inciso final del artículo 9.3 CE que prohíbe «la arbitrariedad de los poderes públicos».

Hay que decir aquí, una vez más, algo que esta Sala viene repitiendo constantemente, tanto para la prevaricación administrativa como para la judicial: no basta la mera ilegalidad a este respecto; no existen estos delitos cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del Derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esa resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria. Son equivalentes, pues, las respectivas expresiones de los citados artículo 358 CP anterior y 404 CP actual, «resolución injusta» o «resolución arbitraria», respectivamente.

También es muy reiterada la doctrina de esta Sala a la hora de concretar el contenido de esa injusticia o arbitrariedad: puede radicar en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma esencial del procedimiento, en la ausencia de razonamiento, o en el propio contenido sustancial de lo resuelto.

3.º El otro requisito, de carácter subjetivo, viene recogido en los términos «a sabiendas», que es la consignación expresa en el texto de la norma penal del dolo como elemento del delito, que revela el propósito del legislador de exigir el dolo directo para la comisión de este delito. Dolo es actuación del sujeto conociendo la concurrencia de los elementos objetivos del injusto, en este caso, actuación con el conocimiento del contenido injusto o arbitrario de la resolución administrativa.

Véanse, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 19 de octubre de 2000, 12 de febrero de 2001, 17 de mayo de 2002 y 5 de marzo de 2003.

b) Hemos de partir del relato de hechos probados de la sentencia recurrida para examinar si estos elementos concurren en el caso presente, dado que estos tres motivos se encuentran acogidos al artículo 849.1.º LECrim (art. 884.3.º de esta Ley procesal). Tal relato nos vincula a todos, recurrentes, recurridos y al propio Tribunal que ha de resolver el recurso:

1.º Ninguna duda se ha planteado en cuanto a la concurrencia del citado elemento primero. El alcalde, aunque lo sea de un pueblo pequeño y de pocos medios, como reiteradamente alega el recurrente, es autoridad en los términos definidos en el citado artículo 24.1 CP, en cuanto que, por sí solo y también como miembro de la corporación local que preside, tiene mando y jurisdicción propia cuando actúa, como aquí ocurrió, en el ejercicio de sus funciones.

2.º Entendemos que en la concesión de la licencia por el alcalde a D. Alexander existió una injusticia que excede de la mera ilegalidad y tiene la gravedad necesaria para que merecidamente podamos hablar aquí de resolución arbitraria.

Podemos leer en los hechos probados de la sentencia recurrida (pág. 6) el párrafo siguiente:

«Con la finalidad antes descrita, Alexander solicitó el 15 de enero de 1997 una licencia para movimiento de tierras, licencia que le fue concedida por el acusado Romeo, sabedor de la intención del constructor de derribar la casa, pese a la advertencia de la Secretaria del Ayuntamiento, Valentina, también mayor de edad y sin antecedentes penales, de que era preciso un previo informe técnico.»

Nos encontramos ante una licencia concedida para el inicio de unas obras que habrían de desembocar en el derribo de una casa montañesa de construcción antigua compuesta de planta baja, primer piso, solana en la fachada principal y cobertizo añadido, enclavada dentro del perímetro del conjunto histórico artístico de Alceda para

luego construir allí al menos 24 viviendas, según podemos leer en el párrafo anterior al que acabamos de transcribir.

Como hemos dicho antes, el derribo del edificio no cabe en el tipo de delito del artículo 321 (ni la concesión de licencia en el art. 322.2), porque no hubo una declaración individualizada de edificio de singular protección; pero esa «casa montañesa de construcción antigua» formaba parte del sitio de Alceda que, precisamente por la existencia de una pluralidad de construcciones de estas características, junto con otras más nobles, que parece sí habían sido específicamente declarados como edificios singularmente protegidos, constituían todas ellas el conjunto histórico que había sido declarado como tal en el Decreto 34/1985 por el Consejo de Gobierno de Cantabria publicado en el Boletín oficial correspondiente que aparece al folio 12 de las diligencias previas (tomo I).

La concesión por el alcalde de una licencia para el inicio de unas obras que habrían de desembocar en el derribo de tal edificio antiguo enclavado en ese conjunto histórico artístico constituye este elemento objetivo del tipo de prevaricación administrativa del actual artículo 404 CP. Ciertamente tal autoridad municipal dictó una resolución arbitraria.

3.º Y tal resolución arbitraria fue dictada «a sabiendas de su injusticia», es decir, hubo conocimiento por parte del alcalde de que estaba actuando del modo que acabamos de exponer, singularmente revelador de ese dolo directo expresamente exigido en el tipo de delito del artículo 404 mediante la expresión que acabamos de entrecomillar.

Lo explica hasta la saciedad la sentencia recurrida cuando nos razona sobre el doble conocimiento que tenía el alcalde al respecto:

1.º Conocimiento de esa declaración de conjunto histórico de ese lugar de Alceda en cuyo perímetro de hallaba esta casa montañesa, conocimiento que la sentencia recurrida deduce de la celebración de un pleno municipal del 13 de agosto de 1991 (folios 181 y siguientes del mismo tomo I de las diligencias previas) en el que aparece (folio 183) que D. Romeo, que presidía el acto, expuso a los concejales «los inconvenientes que supone a los habitantes de este municipio que desean construir en la zona declarada monumento histórico-artístico del pueblo de Alceda, por ello propone a la corporación el iniciar los trámites pertinentes para la recalificación de estos terrenos». Sobre la prueba de este conocimiento, a fin de no extendernos más, nos remitimos a lo que dice la sentencia recurrida en su fundamento de Derecho 2.º (pág. 10).

2.º Conocimiento por parte del alcalde de que las obras cuyo inicio autorizaba mediante la licencia a la que nos estamos refiriendo tenía por fin el derribo de la casa antigua que el constructor D. Alexander había adquirido para construir en tal lugar 24 viviendas al menos. La realidad de este conocimiento la infiere la Audiencia Provincial de varios hechos que se detallan en sus páginas 12 y 13, como lo fueron la exposición del proyecto de edificación de esas 24 viviendas en los locales del propio ayuntamiento y que dicho constructor hubiera consultado con el alcalde la ficha urbanística de la finca. A tales páginas 12 y 13 nos remitimos.

Por otro lado, este conocimiento que tenía el alcalde de la voluntad de derribar el edificio por parte del constructor quedó, además, de manifiesto por las alteraciones en los documentos del expediente municipal seguido para la concesión de esa licencia que se hicieron por orden de D. Romeo, añadiendo en ocasiones distintas, a la expresión inicial de «movimiento de tierras» objeto de la licencia, las de «y derribo» o «y derribo del muro», añadido que quedó documentado en el propio expediente (véanse los folios 75 y ss., 94 y ss., 110 y ss. –tomo I– y 297 y ss. –tomo II–) y que sirvió para que el Ministerio Fiscal y la acusación particular pidieran condenar por

delito de falsedad del artículo 390, el más gravemente penado de todos aquellos por los que se acusó, y respecto del cual hubo pronunciamiento absolutorio por entender la Audiencia Provincial que «el añadido discutido, aun cuando suponga alteración del documento inicial, no hace sino responder a la verdad de la licencia, pues ya se ha razonado con reiteración que Romeo conocía que se iba a derribar la casa y con tal finalidad concedió la licencia» (pág. 21 de la sentencia recurrida).

Por lo demás, en cuanto a la concurrencia de estos requisitos constitutivos del delito de prevaricación administrativa del artículo 404, nos remitimos a lo que ampliamente razona al respecto la sentencia recurrida, con la salvedad ya indicada: hay que excluir todo lo que haga referencia a ese requisito de la singular protección exigido por los artículos 321 y 322 y que constituye la diferencia específica entre la prevaricación del 322.2 y la genérica del 404. Eliminado este requisito de la singular protección, nos queda esta última norma penal de aplicación al caso presente.

En conclusión, hay que estimar parcialmente estos tres motivos primeros del recurso formulado por el alcalde para absolverle del delito de prevaricación especial del artículo 322.2 y condenarle por el de prevaricación genérica del 404.

(Sentencia de 25 de mayo de 2004)

ARTÍCULO 408

Dejar intencionadamente de promover la persecución de los delitos: existencia: inspector de hacienda corrupto: no es excusa una hipotética prescripción de la deuda tributaria

Octavo.—Por infracción de Ley y al amparo del artículo 849.1.º LECrim considera aplicado indebidamente el artículo 408 del Código Penal, en relación al 130.5.º y 131.1.º del mismo texto legal y 289.1 del Reglamento del Impuesto de Sociedades, estos tres últimos por inaplicación (motivo octavo).

La protesta la hace bascular el censurante en dos direcciones:

- No puede castigarse por el delito de omisión del deber de perseguir delitos, referente al ejercicio tributario de 1991, por haber prescrito.
- Tampoco puede condenarse por esa misma omisión, en relación al ejercicio de 1992, por contravenir el principio acusatorio.

Este último aspecto impugnativo constituye reproducción de lo ya resuelto en el motivo primero, al cual nos remitimos.

1. Ateniéndonos exclusivamente al ejercicio de 1991, y respetando en toda su integridad, sentido y significación el relato de hechos probados, como es preceptivo, hemos de dar por sentado que la inspección de Metro-3 se inició el 21 de julio de 1997, comunicando a la empresa que la misma alcanzaría a los ejercicios de 1991 a 1995. En dicho cometido el recurrente recabó diversos expedientes de devolución de solicitudes efectuadas por empresas vinculadas al grupo Metro-3. La resultancia probatoria también pone de manifiesto las múltiples visitas a la empresa y reclamación de documentación efectuadas entre julio de 1997 y junio de 1998 (hecho séptimo).

En la página 12 de la sentencia se reflejan los datos relativos a los ejercicios de 1991 y 1992, con informes periciales sobre importantísimas minusvaloraciones, aptas para integrar un delito contra la Hacienda pública, circunstancias que no podían pasar desapercibidas al inspector fiscal, ahora impugnante.

Todo ello, unido a las actuaciones interruptivas producidas en el desarrollo de las funciones inspectoras, ha llevado al Tribunal de origen a afirmar que el Sr. Aurelio llegó a la «conclusión inequívoca» de que el acusado Raúl había cometido uno o más delitos contra la Hacienda pública.

2. Se pretende ahora, a la vista de las anteriores consideraciones, establecer una prescripción inexistente.

Si el recurrente tenía la completa seguridad de que existía tal delito y así se lo mostró al contribuyente, y éste, que poseía competentes asesores, no entendió otra cosa, no puede ahora argumentar sobre una teórica prescripción.

De haber existido posibilidades de tener tales hechos por prescritos no hubiera sido preciso alterar las actas, ni el empresario, coacusado Sr. Raúl, hubiera aceptado la entrega de 60 millones de pesetas.

Lo hasta ahora dicho no empece que en una hipotética persecución de tal delito fiscal el proceso pudiera terminar en una sentencia absolutoria.

Lo que aquí se castiga es no perseguir unos hechos que poseen clara apariencia delictiva, sin que conste de forma patente o inconcusa la posible prescripción de los mismos. Ese solo hecho obliga a promover la persecución de las conductas indiciariamente delictivas, con independencia del resultado final del hipotético proceso, que no cuenta en el artículo 408 CP a la hora de delimitar el ámbito de ilicitud o reproche penal por parte del legislador.

El artículo 408 no se ha infringido.

(Sentencia de 14 de noviembre de 2004)

ARTÍCULO 413

Sustraer, destruir, inutilizar u ocultar documentos: existencia: inspector de hacienda que oculta y sustrae documentación tributaria para encubrir delito fiscal ajeno

Decimotercero.—El motivo señalado en el mismo número se formula por infracción de Ley del artículo 849.1.º LECrim, estimándose infringido el artículo 413 del Código, en relación al 24 del mismo cuerpo legal.

La incorrecta aplicación del precepto se produce, en opinión del recurrente, por dos razones:

1) el sujeto activo del delito (impugnante), a efectos penales y según la definición del artículo 24 CP, no era funcionario público en el momento de la comisión de los hechos que la sentencia combatida considera constitutivos del delito de infidelidad en la custodia de documentos.

2) dicho recurrente no tenía tampoco, en ese momento, obligación de custodiar alguna, precisamente por el cese en el desempeño de sus funciones.

1. El cauce procesal elegido impone el más absoluto respeto a *factum*. En él se especifican esos dos momentos ejecutivos en la comisión del delito en cuestión, en cuya descripción típica se engloban, con carácter alternativo e indistinto, diversas conductas nucleares, representadas por los verbos sustraer, destruir, inutilizar u ocultar.

Como precisamos en el anterior fundamento, existía una primera fase, en la que siendo funcionario en activo el censurante extrae los documentos de los expedientes y los guarda con los demás efectos personales en su armario («ocultación»), a las que

sigue otra posterior en la que ya, suspendido como funcionario en el ejercicio de su cometido, saca o manda sacar del organismo oficial sus efectos, papeles y documentos personales, y hace propios los que extrajo de los expedientes a pesar de corresponder su titularidad al Estado, dado el carácter oficial de los mismos («sustracción»).

2. Partiendo de tales presupuestos fácticos, como lo impone procesalmente el carácter del motivo (infracción de Ley), la queja del recurrente carece de sentido.

Los actos verificados en la primera fase (ocultar) lo fueron cuando era funcionario el recurrente; y los demás fueron derivados o consecuencia de tal situación.

El artículo 24 del Código Penal caracteriza al funcionario por participar en el ejercicio de funciones públicas, ejercicio, que como muy bien apunta el Fiscal, no desaparece hasta la producción del cese o baja funcional, circunstancia que no se da en el caso de autos, al tratarse de una simple suspensión de funciones.

Pero todavía más. Aun en el caso de que hubiera cesado en sus funciones, sobre el funcionario pesa la obligación, dimanante del carácter funcional que ostentó, de restituir todo lo recibido de la administración, como legítima propietaria que es de aquellas cosas que puso a su disposición o que poseía el funcionario por razón de su cargo.

3. Por lo demás, no es ocioso recordar la amplitud conceptual de la conducta típica de «ocultar» (art. 413 CP), en los términos en que ha venido siendo interpretada por esta Sala. Ocultar sería equivalente a guardar o no entregar, o incluso dilatar indefinidamente la presencia del documento, impidiendo que alcance los fines que correspondan a su contenido y destino.

Con el simple apartamiento del lugar donde deben hallarse los documentos en cuestión, de modo que sea desconocido su paradero para quienes tengan legítimo acceso a los mismos, se tendría por realizada la conducta delictiva de «ocultar».

No es aceptable el argumento de que rebuscando en los armarios del funcionario suspendido podrían haber sido hallados los documentos, ya que tal armario no estaba cerrado con llaves.

Los efectos, papeles o documentos personales no podían ni debían ser legítimamente escudriñados por terceras personas, sobre todo si no se sospechaba que allí pudieran existir documentos oficiales, pertenecientes a Hacienda, que encubrían la comisión de delitos.

La situación hubiera sido diferente si, conocida la sustracción, se sospechase que su autor hubiera sido el recurrente. En tal tesitura es razonable que el propio organismo oficial indagase, con auxilio de la autoridad judicial, si necesario fuera, para su hallazgo o localización.

4. Tampoco puede ser acogido el argumento exculpativo, según el cual el acusado recurrente no ordenó extraer de Hacienda tales documentos, sino que una vez guardados en cajas los que se consideraron de carácter personal fue requerido para que se los llevase, lo que hizo a través de su primo, a quien encomendó recogerlos.

La circunstancia es indiferente, ya que cualquiera que fuera el origen de la extracción el acusado recibió e hizo propios (sustracción) los documentos oficiales que pertenecían al Fisco.

En síntesis, podemos afirmar que el recurrente ostentaba la condición de funcionario público que le atribuye el artículo 24 del Código Penal y en tal calidad ocultó ciertos documentos que se hallaban bajo su custodia; pero una vez se vieron interrumpidas sus funciones, consecuencia de la destitución de su puesto de trabajo, el funcionario infiel debió restituirlos, como consecuencia lógica de su nueva situación, cosa que no hizo. El cese en las funciones no excluye la existencia de obligaciones residuales inherentes al carácter funcional desempeñado previamente.

El motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 14 de noviembre de 2004)

ARTÍCULO 432

Delito continuado de malversación de caudales en concurso ideal con falsedad documental: Alcalde y concejal que se apropian de las subvenciones destinadas a la realización de obras, falseando el origen de la solicitud y firmando certificación falsa; delimitación con delito de fraude de subvenciones

Cuarto. El motivo tercero, por la vía del artículo 849-1.º LECrim denuncia como indebidamente inaplicados los artículos 432 y 435-1.º del Código Penal. A través de este motivo el Ministerio Fiscal postula la existencia de dos delitos de malversación de caudales públicos, uno imputable al Alcalde y otro al Concejal.

Realmente, la determinación de la naturaleza de los fondos solicitados por los absueltos en la instancia y concedidos por la Diputación de Lugo constituye el núcleo del tema a decidir, por las consecuencias que se derivan de la respuesta que se da a esta cuestión.

La fundamentación de la sentencia sometida al presente control casacional provoca una no pequeña perplejidad en esta Sala Casacional, en la medida que a lo largo de ella, no se escatiman censuras al proceder de los inculpados, llegándose incluso a solicitar en el F. séptimo, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 4-2.º del Código Penal, que por parte del Gobierno se adopten las modificaciones necesarias en relación al delito fraude de subvenciones para evitar la impunidad de situaciones como la analizada «en las que bajo la figura jurídica de la subvención, se ampara una verdadera situación de estafa en la que el sujeto, que al fin goza de la situación de confianza del propio concedente de la subvención, obtiene un lucro, ya personal ya sea por el destino arbitrario de los fondos subvencionados que percibe», pero inexplicablemente fue la propia Sala sentenciadora la que aceptó la tesis de la subvención –que se beneficia de la condición objetiva de punibilidad de ser superior a diez millones de ptas.– cuando el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales mantenidas en este aspecto en las definitivas, –folios 1837 y siguientes y acta del Plenario–, calificó los hechos como constitutivos de dos delitos continuados de malversación del artículo 432 y 435 del Código Penal con aplicación del artículo 77, todos del Código Penal, calificación que aceptó en este aspecto la Acusación Particular –folios 1885 y acta del juicio oral–.

Desde esta calificación común de las acusaciones pública y particular, (ejercitada por la Diputación de Lugo), resulta, cuando menos paradójica, las críticas vertidas en la fundamentación de la sentencia, en la medida que esta, de manera escueta se decanta por el delito de fraude de subvenciones y no por el delito de malversación en base al principio de especialidad del artículo 8 del Código Penal, lo que supone adoptar una decisión pero no argumentar el porqué de la elección.

La calificación dada en la sentencia recurrida a los hechos enjuiciados de fraude de subvenciones del artículo 308, tiene la trascendente consecuencia de que al no alcanzar la cantidad de diez millones de ptas. –requisito o condición objetiva de punibilidad–, la conducta queda extramuros del Código Penal.

El argumento y la decisión de la instancia no son admisibles, y ya se anuncia la prosperabilidad del recurso del Ministerio Fiscal.

No cuestionamos que el sujeto activo del delito de fraude de subvenciones, pueda también serlo un funcionario público o autoridad, aunque de ordinario se trate de un beneficiario particular.

En sede doctrinal ha sido un debate abierto la posibilidad de que un funcionario público o autoridad puede ser sujeto activo de este delito, es decir, destinatario de la subvención. Así un sector doctrinal estima que puede serlo sólo un particular en la medida que particular es el beneficiario de la subvención por cuanto la subvención supone una transmisión de fondos del sector público al privado, no siendo posible que la Administración pública sea víctima y sujeto activo del delito, a lo que se añade que las finalidades públicas se atienden con fondos públicos y que cualquier desviación en esta materia daría lugar al delito de malversación de fondos públicos a ello puede añadirse el argumento sistemático de que el delito de fraude de subvenciones se encuentra en el título XIV del Código Penal que recoge delitos cuyo sujeto activo sólo puede ser el particular como ocurre en el más característico –delito fiscal– y que no está previsto en ningún caso las penas de inhabilitación, que sería obligada en los delitos cometidos por funcionarios.

Otro sector doctrinal, partiendo de la literalidad del precepto, estima que sujeto activo del mismo puede ser, indistintamente, el particular o el funcionario público. La propia sentencia recurrida cita el artículo 81.2 a) del Texto refundido de la Ley General Tributaria –Ley 31/1990, de 27 de diciembre–, que extendió el concepto de subvención a la disposición de fondos públicos para fomentar una actividad de utilidad o interés social. Tal posición ha quedado consagrada en la reciente Ley General de subvenciones –Ley 38/2003, de 17 de diciembre, cuyo artículo 2 declara que «se entiende por subvención, a los efectos de esta Ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de la Ley, a favor de personas públicas y privadas».

Así pues, podemos concluir esta cuestión afirmando que en relación al delito de fraude de subvenciones del artículo 308, cuyo antecedente se encontraba en el artículo 350 del Código Penal de 1973 introducido en la reforma de 1985, y que patentiza el interés del legislador por proteger la Hacienda Pública, no sólo desde la perspectiva de los ingresos vía delito fiscal sino también desde la vertiente de los gastos públicos, puede ser cometido por funcionarios y autoridades públicas. El tema tiene menos trascendencia de la que aparenta pues en todo caso, la concesión de una subvención a personas públicas, no lo es *intuitu personae* al funcionario o autoridad que la recibe, sino que será la persona pública que actúa a través de aquél, el verdadero beneficiario y esta sufriría el perjuicio de que el «formal» receptor de la subvención le dedicase a su particular enriquecimiento, en cuyo caso, ya lo adelantamos, se estaría, también, en un supuesto de malversación.

Así relativizado el problema, en el presente caso debemos determinar la real calificación jurídica de las llamadas y calificadas «subvenciones» solicitadas y obtenidas por las personas absueltas en la instancia.

La reflexión de esta Sala Casacional, debe partir, como no podía ser de otra manera dado el cauce casacional utilizado en este motivo por el Ministerio Fiscal, desde el máximo respeto a los hechos probados.

Estos hechos probados contienen las siguientes y trascendentales afirmaciones:

1. Antonio A. A., Alcalde del Concello de P. B. solicitó como representante vecinal de dos comunidades distintas de vecinos, un total de cuatro subvenciones.
2. Tales «Comunidades Vecinales» carecen de toda regulación y control.
3. El mismo Antonio A. A. informó como Alcalde las solicitudes de subvención, que él mismo había solicitado como representante de las expresadas Comunidades Vecinales.
4. Asimismo firmó las correspondientes certificaciones relativas a haberse efectuado las obras para las que se solicitaron las obras (la subvención era abonada por la Diputación de Lugo tras la acreditación de su realización).

5. Las obras en cuestión ya se encontraban ejecutadas con cargo a otras partidas municipales o a otras subvenciones obtenidas con anterioridad.

6. Este dato era conocido por Antonio A. A. dada su condición de Alcalde del Concello.

7. Cobradas las cuatro subvenciones, por un total de 5.900.000 ptas., estas fueron ingresadas en la cuenta particular de Antonio A. A.

8. Las facturas presentadas por éste para justificar la realización de las obras objeto de subvención, no se corresponden con ellas.

9. No se ha podido concretar el destino dado por Antonio A. A. al importe de las subvenciones cobrado e ingresado en su cuenta particular.

10. Utilizando el mismo *modus operandi*, Manuel C. L., Concejal de dicho Concello solicitó y obtuvo dos subvenciones para lo que también contó con la firma de Antonio A. A.

11. Cobradas las dos subvenciones por Manuel C. L. por un importe de 2.950.000 ptas., presentó unas facturas para acreditar los pagos realizados por él, cuya veracidad no se ha demostrado.

De este escenario fáctico fluye de forma natural y jurídica la conclusión de no estar en realidad en presencia de un fraude de subvenciones. No es preciso acudir a la doctrina del levantamiento del velo porque este es transparente y deja ver toda la operación urdida por los absueltos.

Antonio A. A. y Manuel C. L., Alcalde y Concejal, respectivamente, del Concello de P. B., primero dan vida a un ente ficticio que es la comunidad de vecinos, después piden en su nombre una subvención, la que es informada por el Alcalde como es preceptivo, seguidamente presentan el certificado de la realización de las obras como presidente de la Comunidad de Vecinos tras lo que se produce el cobro de la subvención que es ingresada en la cuenta particular de ellos sin poder presentar facturas acreditativas de que ellos ya habían abonado la obra. Todavía la panoplia de roles se incrementa en el caso de Manuel C. L., que como se acredita al folio 1.869 de las actuaciones –Tomo VIII– que será objeto de un más detenido estudio al analizar el motivo decimotercero del recurso del Ministerio Fiscal– comparece en el acta de recepción definitiva en representación, también, de la constructora-adjudicataria.

La estrategia de escenificar la petición y obtención de una subvención que se incorpora al patrimonio de los solicitantes no puede ocultar la realidad de una malversación de fondos públicos del artículo 432-1.º en relación con el artículo 435-1.º, como se solicita por el Ministerio Fiscal.

Se está ante la modalidad básica del delito de malversación de acuerdo con el vigente Código Penal que fue el solicitado por el Ministerio Fiscal que es más beneficioso que el anterior Código Penal, dado el sistema de pena prevista en base a la escala de caudales defraudados. Los autores de la acción imputada son Antonio A. A. y Manuel C. L., Alcalde y Concejal, respectivamente del Concello de P. B., los que valiéndose del ardid de una pretendida subvención, han recibido unos fondos de la Diputación de Lugo, de indudable naturaleza pública los que no aplicaron a los fines previstos, y en la medida que ingresaron su importe en sus cuentas particulares, cabe, en base a estos hechos-base totalmente acreditados en la instancia, llegar al hecho consecuencia constituido por la afirmación de que se apropiaron en su beneficio del importe de lo percibido, lo que constituye la dovela que cierra el arco argumental, que inexplicablemente deja abierto la sentencia de instancia. Se trata de la conclusión de un juicio de inferencia totalmente acorde con las máximas de experiencia y reglas de la lógica, por lo que constituye una afirmación fundada y motivada, razonada y razonable, y por tanto, nada arbitraria.

No es que el funcionario o autoridad pública y tanto el Alcalde como el Concejal tienen tal condición –entre otras SSTS de 1 de febrero de 1995 y de 11 de noviembre de 1998– induzca, coadyuve o colabore con el solicitante o perceptor último de los beneficios solicitados, es que son ellos mismos quienes actuando con la ficción de la «comunidad vecinal» solicitan la subvención, la informan, certifican la obra y cobran su importe que luego incorporan a su patrimonio sin haber acreditado ningún pago adelantado que luego les debiera ser reembolsado, de suerte que resultó, en el caso presente, totalmente decisivo el apoyo desde el interior del entramado en el que se va a dar respuesta a la petición de subvención.

En efecto, acabamos de referirnos a la condición de autoridad o funcionario público de ambos absueltos en la instancia, lo que coincide con la descripción del sujeto activo en este tipo penal. El objeto, constituido en este caso por caudales o efectos públicos es igualmente claro, como también lo es el título competencial en virtud del cual, aquellos los tenían a su cargo –en tal sentido STS de 19 de octubre de 2001, de 1 de diciembre de 2000 y de 16 de mayo de 2002–, la acción estuvo constituida por la acción de incorporación definitiva a su patrimonio –*animus rem sibi habendi*– STS de 19 de junio de 2001–, lo que lo distingue del *animus utendi* propio de los delitos previstos en los arts. 433 y 434 del Código Penal, en concreto este último, que constituye una novedad en el vigente Código Penal responde a la necesidad de poner coto al aprovechamiento privado de los bienes que integran la infraestructura de la Administración Pública, pero excluyendo de dicho aprovechamiento la intención apropiatoria definitiva. En el presente caso existió un concluyente propósito depredatorio.

Finalmente, el bien jurídico lesionado, estuvo constituido tanto por el perjuicio patrimonial que sufrió la Administración –en este caso la Provincial–, como por la lesión de la función pública en la correcta gestión de los recursos públicos y en la satisfacción de los intereses penales, todo ello con reflejo en el artículo 103 de la CE. No se está ante un delito sin víctima, por más que esta carezca de la corporeidad que tienen las personas físicas.

En el F. segundo de la sentencia se llega a afirmar con la significativa cita de la película «la tentación vive arriba», que tal proceder vendría a tener su conexión y sintonía en la entidad concedente de las subvenciones. Concretamente se afirma que «se ha venido a acreditar que la situación en la que se conceden estas pretendidas subvenciones por parte de la Diputación Provincial no es propia de un Estado Social y Democrático de Derecho» Evidentemente esta es una cuestión que queda extramuros del recurso del Ministerio Fiscal, pero es lo cierto que el fragmento de actividad analizado permite afirmar sin ambigüedad que no se está ante un supuesto de fraude de subvenciones, sino de una clara malversación de fondos públicos y a la misma conclusión se llegaría, como ya se ha dicho, aunque se sostuviera la realidad de la subvención, en la medida que el beneficiario final –la comunidad de vecinos– no lo fue, al quedar incorporada la subvención al patrimonio de los solicitantes. Es una constante de la actividad judicial en el orden penal que la verdad judicial es con frecuencia una verdad fragmentaria –STS de 2 de abril de 2003–, en relación a toda la secuencia ocurrida, porque la actividad probatoria de cargo suele retener determinadas acciones o comportamientos y no otros, pero esta situación no debe impedir ni atenuar las responsabilidades que se acrediten de los comportamientos analizados.

Por eso, resulta tanto más llamativa la tesis que se sostiene en la sentencia recurrida de fraude de subvenciones –las que se califican como «pretendidas subvenciones» como acabamos de ver–, tesis que fue, significativamente la alegada por las defensas, y que de consolidarse, produciría en planteamientos como el expuesto el efecto perverso de permitir la impunidad del delito de malversación de fondos públi-

cos por importe inferior a diez millones de ptas. Un vaciamiento de este tipo penal que sería toda una invitación a los que desempeñan una función pública de conseguir el propio enriquecimiento a costa de fondos públicos, eso sí, por importe inferior a diez millones de ptas. lo que garantizaría la inactividad del sistema de justicia penal, y sólo la posible responsabilidad administrativa, menos grave, más difusa y mucho menos estigmatizante.

Obviamente este planteamiento se encuentra en las antípodas del cuadro de principios a los que debe acomodar su actuación la Administración Pública contenido en el citado artículo 103 CE, que se refiere a los principios de legalidad, objetividad, imparcialidad y eficacia, todo ellos de indudable aplicación a la Administración Local, cuya autonomía, consagrada en el artículo 140 se refiere a su funcionamiento, pero desde la vigencia de aquellos principios.

Como se decía en la STS de 17 de julio de 2002, en relación a otro delito, pero también incluido dentro del Título XIX –Delitos contra la Administración Pública– denominador común de todas las conductas allí descritas, es el daño constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellos deben merecerle porque como custodios de la legalidad son los primeros obligados a respetarlo, y esta quiebra puede producir devastadores efectos en los ciudadanos «pues nada consolida más el Estado de Derecho, que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley»

La calificación que se postula de la acción enjuiciada, de malversación de fondos públicos del artículo 432 del vigente Código podría presentar una objeción sólo aparente que no real, de índole procesal que es preciso afrontar y despejar.

Según el artículo 1.1.º letra i de la LO del Tribunal del Jurado, a él le corresponde el enjuiciamiento del delito de malversación de fondos públicos. Esta cuestión no se suscita en esta sede casacional, sino que fue la tesis acusatoria del Ministerio Fiscal y de la Acusación Particular –folios 1838 y 1885– solicitando la apertura del juicio oral –tras la subsanación de un error inicial–, para ante la Audiencia Provincial de Lugo –folio 1906–, lo que así se acordó por proveído de 21 de enero de 2002.

La decisión fue totalmente correcta y en ningún momento ha existido controversia alguna ya que existen otros delitos conexos, como son los de falsedad documental, a los que en su momento nos referiremos, que de acuerdo con las normas de conexidad del artículo 5 LOTJ atraen la competencia de la totalidad del asunto al tribunal de la Audiencia Provincial.

Poco importa que no se conozca el destino concreto final del dinero, cuando está acreditado que lo incorporaron a su patrimonio particular y que las documentales ofrecidas no acreditaron, a juicio del Tribunal sentenciador, que se pudiera tener por probado un pago adelantado por ellos de las obras objeto de la subvención, que justificaría un derecho de reembolso.

Se está, en conclusión ante la figura delictiva del artículo 432-1.º del Código Penal en relación con el artículo 435-1.º, delito que está en la modalidad de delito continuado, y por tanto con aplicación del artículo 74 del Código Penal, bien que con distinta intensidad, ya que el cometido por Antonio A. A., se desarrolló a través de las cuatro «subvenciones» que solicitó, informó, certificó y cobró, en tanto que la malversación de Manuel C. L. lo fue en las dos subvenciones recogidas en el segundo apartado de los hechos probados, lo que tendrá su incidencia en la individualización judicial de la pena.

Hemos optado por el tipo básico del artículo 432 de acuerdo con la petición del Ministerio Fiscal, atendiendo al importe de lo malversado –cinco millones novecientos mil ptas. y dos millones novecientos cincuenta mil ptas.– no se estiman tales cantidades de especial gravedad ni tampoco se ha probado un grave daño o entorpecimiento público.

Sexto. Pasamos seguidamente al estudio conjunto de los motivos séptimo y octavo, referidos a las falsedades documentales efectuadas en esta ocasión por el acusado, y también absuelto en la instancia, Manuel C. L., Concejal del repetido Concello.

Se trata de dos motivos idénticos a los acabados de estudiar, sólo que referidos al Concejal citado. Al respecto se dice en el *factum* que «de otra parte y utilizando el mismo *modus operandi*, el también acusado Manuel C. L. obtuvo –entre otras– las siguientes subvenciones».

La identidad de *modus operandi* supone que el acusado tras conformar unas supuestas Comunidades Vecinales, en nombre de ellas solicitó la subvención, nada se dice en el *factum* respecto si las informó en el Ayuntamiento, como miembro de la Comisión de Gobierno, pero a los folios 475 y siguientes consta testimonio del acta de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de 19 de septiembre de 1994 en el que consta que el acusado formaba parte de la misma. Significativamente se comprueba en este control casacional que en dicha Comisión de Gobierno no se adoptó ningún acuerdo sobre construcción de un palco de música y cierre de polideportivo en la Comunidad Vecinal de Cereixa, por lo que se faltó a la verdad cuando en el certificado remitido a la Diputación de Lugo obrante al folio 792 se dice que en dicha Comisión de Gobierno se acordó la construcción de dicho palco y cierre de polideportivo en Cereixa. Dicho certificado aparece firmado por el Alcalde, cuando es lo cierto que dicho acuerdo no fue adoptado. También al folio 489 existe el acta de otra sesión de la Comisión de Gobierno de 15 de febrero de 1995 en la que consta que, como miembro de la Comisión, se encontraba Manuel C. L.

Además, firmó la certificaciones acreditativas de la finalización de las obras correspondiente con el examen de los folios 793 y siguientes, y en relación a la segunda de las «subvenciones» en la que intervino, al folio 916 se acredita su participación en la Comisión de Gobierno en la que se aprobó la petición y firmó la certificación de la realización de las obras.

La condición del acusado como Presidente de la Comunidad de vecinos de Cereixa –expediente de subvención del año 1994–, consta acreditada al folio 779, y al folio 906, idéntica condición en relación a la subvención del año 1996 (servicios y duchas en polideportivo). Se está en presencia de diversas falsedades documentales efectuadas por autoridad o funcionario público, ya que su intervención lo fué en concepto de Concejal y dentro del marco de sus competencias.

Al igual que decíamos en el anterior Fundamento Jurídico, se está en falsedades documentales continuadas –art. 390.1, 2.º y 4.º, en relación con el art. 74–, que son instrumentales del delito de malversación estudiado en el Fundamento Jurídico segundo y cuya penalidad debe efectuarse según las reglas del artículo 77 del Código Penal de las que es autor Manuel C. L.

Procede la estimación de ambos motivos.

(Sentencia de 7 de enero de 2004)

Malversación de caudales públicos: doctrina general. Subtipo agravado por la cuantía.

Decimocuarto. El siguiente motivo, en el orden que los formula el recurrente, lo residencia en el artículo 849-1.º LECrim (corriente infracción de ley), por indebida aplicación del artículo 432-1.º y 2.º del C. Penal.

1. Dicho recurrente se extralimita de las posibilidades impugnativas del motivo abordando directamente la prueba practicada, en particular, las declaraciones de los

coimputados y testigos, siendo así que con tal proceder infringe lo dispuesto en el artículo 884-3 LECrim

Débase partir ineludiblemente de los términos que se describen en el *factum* en donde se contienen todos los elementos constitutivos de esta figura delictiva.

Esta Sala considera presupuestos de este delito:

a) la cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el CP. bastando, a efectos penales, con la participación legítima en una función pública.

b) una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.

c) los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público.

d) sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga dichos caudales. Sustracción equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

e) ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción.

2. En particular, el censurante rechaza la existencia de una apropiación con ánimo de lucro y estima no concurrente la determinación material del objeto del supuesto delito.

La primera cuestión queda despejada por el análisis exhaustivo, concienzudo y riguroso que la Audiencia hace en el fundamento vigésimo, a través de 18 páginas, acerca de los actos apropiativos realizados por el recurrente que han sido debidamente probados por prueba directa (la disposición de caudales que fueron a manos de terceros), y los que hizo propios, a través del testimonio de los coimputados y otras probanzas de carácter indirecto o indiciario.

En cuanto al ánimo de lucro debe inferirse del hecho inequívoco de la sustracción de bienes ajenos con valor económico. A falta de una explicación creíble en otro sentido, es de la más elemental lógica deducir que el agente pretendía la obtención de un lucro o beneficio económico personal.

3. Respecto a la determinación del «quantum» apropiado, su precisa fijación ha sido imposible de verificar de acuerdo con las pruebas habidas y es lógico que sea así, ante la ausencia de datos suministrados por el propio acusado. Incluso es posible que ni él mismo, con rigor, pueda precisar la cantidad total sustraída.

Basándose en prueba pericial, unida a los fuertes e incontestables indicios de cargo, se pudo llegar a una aproximación de garantía, señalando la cantidad en 141 millones de pesetas, como mínimo, lo que es suficiente para realizar una adecuada subsunción jurídica, incluso para aplicar el subtipo agravado del n.º 2 del artículo 432 C.P.

Al concurrir dos elementos valorativos en la delimitación de la cualificación de especial gravedad (valor de las cantidades sustraídas y entorpecimiento producido al servicio público), esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse, clarificando la influencia de uno y otro en la configuración del subtipo y la necesidad o no de concurren ambos.

En este sentido la STS de 29 de julio de 1998, entendió que en la malversación hay que distinguir:

a) la pequeña cuantía que nunca debe tenerse por grave. A ella le sería de aplicación el subtipo privilegiado si no excede el límite de 500.000 pts. (art. 432-3.º C.P.).

b) la cuantía considerable, cien millones de pesetas, que siempre será grave. Se entiende concurra o no entorpecimiento del servicio público.

c) las cantidades intermedias, como pueden ser de 10 a 18 millones, que sería preciso combinarlas con el otro elemento normativo (perturbación del servicio) al objeto de dilucidar la aplicación o no del subtipo.

En nuestro caso, la cantidad que como mínimo se sustrajo, es suficiente para calificar el hecho como de especial gravedad.

Por todo lo expuesto el motivo deberá rechazarse.

(Sentencia de 18 de octubre de 2004)

ARTÍCULO 433

Malversación cometida por Presidente de Comunidad Autónoma: subsunción de los actos dispositivos en este tipo penal

Segundo. El correlativo se ampara en el artículo 849.1.º de la LECrim por infracción de lo dispuesto en el artículo 433 del Código Penal vigente.

En defensa de esta pretensión, la parte recurrente estima con carácter inicial que la Sala sentenciadora al no haber podido encajar la conducta del acusado dentro de lo que disponía el artículo 396 del Código Penal derogado, llega aquí a calificarla indebidamente como constitutiva de un delito de malversación del artículo 433 del vigente. Después se añade:

– Que por el envío y publicación de los «remitidos de prensa», únicamente podía haber sido condenado en base al artículo 397 del Código de 1973, en cuanto que no debe entenderse que tal envío fuese ajeno a la función pública.

– Que el contenido de esos artículos de prensa tenía un carácter institucional y no particular, de ahí que se pagasen al periódico con fondos públicos.

– Que no existió ánimo de lucro.

– Que el delito de malversación exige capacidad de disposición en sentido material y no en sentido de tener habilitación legal para ordenar el pago.

A estas cuestiones así concretadas (en el escrito de formalización se hallan totalmente dispersas), así como lo relativo al delito de malversación en general, daremos contestación del siguiente modo:

a) El acusado ostentaba el cargo de Presidente de la Diputación Regional de Cantabria al tiempo de la comisión de los hechos enjuiciados y, por ende, tenía la cualidad de funcionario público que exige como primer requisito el delito de malversación, y ello tanto se aplique para definir esa cualidad lo dispuesto en el artículo 119 del Código de 1973 como el artículo 24.2 del vigente, pues ambos preceptos son plenamente coincidentes en este punto, incluso en su literalidad.

b) La Sala de instancia aplicó el artículo 433 del Código Penal de 1995, no porque la actividad malversadora del acusado no encaje, según se pretende, en el antiguo artículo 396, sino porque vigente ese Código en el momento de dictar la nueva sentencia, la pena aplicable es sensiblemente más beneficiosa al reo, pasando

de la mínima de la prisión mayor (seis años y un día) que fue la impuesta en su día, a la de tres años de prisión que ha sido la impuesta ahora.

Además, de una interpretación tanto literal como lógica o finalista de ese precepto se llega a la conclusión que la actividad desarrollada por el ahora recurrente al enviar los artículos de prensa al periódico y cargar sus gastos a la entidad pública cometió el delito de malversación que en el mismo se tipifica, ya que ha quedado perfectamente probado a través de todo el proceso, y así se recoge en la narración fáctica, que esta operación la hizo el inculpado a título personal y no en defensa ni en beneficio de la Diputación. Es de resaltar también que, además de esa prueba, son los propios textos de los artículos periodísticos los que nos ponen de relieve, tanto en el fondo como en la forma, que su contenido carecía de cualquier carácter institucional al ser expresión clara de réplicas a sus particulares enemigos políticos, utilizando casi siempre expresiones desaforadas e insultantes que poco se compadecen con el talante y la forma de decir de cualquier institución pública en el ejercicio de su derecho de réplica.

c) Se cumple así el requisito principal que requiere el tipo delictivo de la malversación que se recoge en el mentado artículo 433 y que consiste en destinar a usos ajenos a la función pública los caudales pertenecientes a esta función, pues como también se ha dicho era el propio acusado el que daba las órdenes de envío así como de su abono de su precio con cargo a los presupuestos de la entidad.

d) Se completa el círculo de los elementos que requiere el tipo con el dato de que los caudales con los que se abonó el gasto, los tenía el acusado a su disposición por razón de sus funciones, como lo demuestra entre otras pruebas las declaraciones testimoniales del Jefe del Gabinete de Prensa de la Diputación, quien siempre declaró que era el Sr. H. el que, no sólo daba las órdenes del envío a la prensa, sino también del pago de las facturas. Es decir, de «facto» tenía la disponibilidad de esos caudales, pues aunque no los tuviera directamente confiados, ostentaba poderes y capacidades suficientes para su disponibilidad.

En conclusión, la actividad desarrollada por el encausado hemos de entenderla comprendida en el tipo malversador del artículo 433 del Código Penal y, por ello, la calificación jurídica de los hechos efectuada por el Tribunal «a quo» fue la correcta, por ajustada a Derecho. Lo mismo cabe decir de la pena impuesta (la mínima posible de tres años) y ello por aplicación del párrafo segundo de dicho artículo al no haber reintegrado el culpable lo distraído dentro de los diez días siguientes a la incoación del proceso.

Se rechaza el motivo.

(Sentencia de 31 de marzo de 2004)

ARTÍCULO 443

El delito de acoso sexual funcional: doctrina general. Solicitar favores sexuales por funcionario del que depende la resolución de expediente de la víctima. Irrelevancia de que el propósito se consiga.

Segundo. El motivo que se formula en segundo lugar se funda en infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del artículo 443 CP.

La doctrina considera que el tipo objetivo de la figura criminal de referencia está integrada por la conducta consistente en solicitar sexualmente, es decir realizar una

proposición de contenido sexual, que no es necesario que llegue a ejecutarse, pues entonces se aplicaría el artículo 445 CP. La persona solicitada, además, ha de tener pendiente un asunto en el que el funcionario deba intervenir como tal para resolver, informar o elevar consulta a superior.

El tipo subjetivo consiste en el conocimiento por parte del sujeto activo de la existencia de las pretensiones del particular pendientes de su actuación profesional.

En definitiva, y como reconoce el recurrente, es preciso que se encuentren presentes tres requisitos para que se entienda cometido el delito:

- A) Que el agente del delito sea funcionario público;
- B) Que solicite sexualmente a un tercero, bastando cualquier conducta con dicho contenido, pero sin que sea necesaria su efectiva realización
- C) Que el tercero tenga pretensiones pendientes de resolución del acusado acerca de las cuales éste deba evacuar informe o elevar consulta.

Los dos primeros elementos integradores de la figura criminal de referencia, son admitidos; el primero por ser evidente, y el segundo a efectos dialécticos, por el propio recurrente, quien, en cambio, niega la concurrencia del tercero.

Así, alega que en el relato de hechos no aparece dato alguno que permita afirmar que el acusado emitió los informes o evacuó consulta alguna de apreciable influjo en la resolución final, o que de hecho la decisión de favorecer a las testigos estuviera al alcance del funcionario.

Es claro que el cauce casacional utilizado implica el respeto más absoluto a la narración que lleva a cabo el *factum* de la sentencia.

Pues bien, el relato fáctico recoge que ... durante la estancia de L. en las oficinas policiales el acusado le comunicó que como responsable máximo tenía la posibilidad de ejecutar o no la expulsión del territorio español, y que tomaría una decisión u otra según la actitud que ella adoptase hacia él, ante lo que la mujer le manifestó que estaba dispuesta a colaborar, facilitando al acusado el número de su teléfono móvil.

Tras ser puesta en libertad, L. recibió numerosas llamadas telefónicas del acusado en las que le pedía que se pasara por su despacho, prometiéndole que le iba a ayudar en los trámites que como ciudadana extranjera tenía que seguir para arreglarle su situación administrativa.

Ante la insistencia del acusado y sus promesas de ayuda, L. acudió a las dependencias de la Brigada Provincial de Extranjería unos días después de su puesta en libertad. El acusado la condujo a un despacho de la planta sótano fuera de servicio y con aspecto de abandonado, donde tras cerrar la puerta y persianas de las ventanas, y mientras insistía en sus promesas de favores en el expediente de expulsión, le tocó la cara, los brazos, y los pechos, llegando el acusado a bajarse los pantalones, dejando al descubierto su pene totalmente erecto, subiendo el jersey a la mujer que se quitó el sujetador y continuando los tocamientos en los senos. L. dijo al acusado que estaba dispuesta a realizar el acto sexual con él, pero en su lugar de trabajo o en un hostel pero nunca en aquella estancia, dada su suciedad. Tras lo relatado, que duró una media hora, L. abandonó las oficinas policiales, siendo acosada por el imputado mediante llamadas a su teléfono móvil, lo que motivó que la mujer abandonara por un tiempo la ciudad de Sevilla.

El día 28 de abril de 1998, previo examen de las diligencias formuladas por ella en escrito de 18 de abril de 1998, el acusado emitió el preceptivo informe en el expediente de expulsión incoado a L., proponiendo a la Subdelegación del Gobierno su expulsión del territorio español al considerarla incurso en el artículo 26.1 a y f de la antigua LO 7/85 de 1 de julio.

Acordada la expulsión por la Subdelegación del Gobierno, por resolución de 26 de junio de 1998 y comunicada dicha resolución a la Brigada de Extranjería, la misma no fue notificada personalmente a la interesada hasta el día 4 de noviembre de 1998.

Tras contraer matrimonio el día 31 de agosto de 1998 con un ciudadano español, L.R.O. solicitó a la Subdelegación del Gobierno la revocación de la orden de expulsión. A raíz de cursar dicha petición, comenzó de nuevo a recibir llamadas telefónicas del acusado, quien le pedía que fuera a verle a su despacho. L., acudió, previa citación a tal efecto, a las oficinas de la Brigada Provincial de Extranjería en los primeros días de noviembre de 1998, donde de nuevo la entrevistó el acusado, pretendiendo tocarla y realizar el acto sexual con ella, arguyendo que no había cumplido con el trato que había hecho el pasado mes de abril, a lo que la mujer se negó. El acusado, ante la actitud no colaboradora de L., le dijo a ésta, que no pararía hasta su expulsión, que su matrimonio era ficticio y que los documentos que traía eran falsos. La mujer se mantuvo en su negativa, advirtiendo al acusado que si no la dejaba marchar, gritaría, por lo que éste abrió la puerta y le permitió salir.

Tras el preceptivo informe del Grupo Operativo Dos de Extranjeros, la Subdelegación del Gobierno revocó la resolución de expulsión de L. el día 20 de noviembre de 1998.

En la madrugada del día 15 de abril de 1998, funcionarios policiales adscritos al Grupo Operativo de Extranjeros Número Dos ya mencionado, detuvieron también en el club «El Rey» de la localidad de Santiponce (Sevilla) a la súbdita colombiana Y.C.Z., respecto de la que existía pendiente de notificación y ejecución acuerdo de expulsión de España de fecha 5 de marzo del mismo año 1998.

Durante la estancia de la mujer en las dependencias de la Brigada Provincial de Extranjería, el acusado abordó a Y., a la que abrió la chaqueta e hizo comentarios sobre la dureza de sus pechos, al tiempo que se tocaba sus partes, haciendo además de tocarle lo senos e intentando que la mujer le tocara su pene. Mientras esto ocurría, el acusado le decía que no se preocupara por su expulsión, que él la iba a ayudar si prometía verse con él en los días siguientes.

El acusado cursó fax a la Subdelegación del Gobierno comunicando la detención de Y.C., ordenando seguidamente su ingreso en calabozos, donde se le notificó personalmente el acuerdo de expulsión, recibiendo la mujer una llamada telefónica del acusado, quien le insistía en sus promesas de ayuda si accedía a verse con él. Sin embargo, el mismo día 15 de abril, Y.C. fue efectivamente expulsada de España vía aérea.

El día 15 de junio de 1998 fue detenida la súbdita colombiana Y.K.R.R. por el Grupo Operativo Número Dos de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de la Jefatura Superior de Policía. Con fecha 16-6-98 se inicia el expediente de expulsión a propuesta del acusado, que toma declaración a Y. y realiza acta de informe y comprobación de los extremos declarados y sobre alegaciones presentadas.

Mediante resolución de 16 de julio de 1998 la Subdelegación del Gobierno acordó la expulsión de la misma, la cual nunca fue notificada personalmente a la interesada, pese a que estuvo detenida a disposición del acusado los días 21 y 22 de junio de 1998.

Esta orden de expulsión fue revocada por la mencionada autoridad gubernativa el 26 de febrero de 1999 a petición de la citada ciudadana extranjera, al haber contraído matrimonio con un súbdito español el 29 de octubre de 1998.

Y.K. solicitó el 17 de mayo de 1999 la exención de visado y la concesión de tarjeta de residente, petición que le fue denegada por la Delegación de Gobierno en virtud de resolución de 14 de julio de 1999. Pese a ello, un día del verano de 1999, funcionarios del repetido Grupo Dos abordaron en la calle Sierpes de Sevilla a Y. y le solicitaron la documentación; y al no poseer ésta tarjeta de identidad alguna le trasladaron a las dependencias del Grupo, donde el acusado la recibió en su despacho, y

mientras le prometía que iba a ayudarle en todo, y le decía «tu sabes que conmigo no tienes problemas de papeles», le tocó los pechos, y le cogió de la mano que se llevó a sus genitales, dado que previamente se había desabrochado los pantalones. La situación descrita finalizó al llamar alguien a la puerta de su despacho.

Mediante resolución de 6 de junio del año 2000, y en virtud de expediente incoado a raíz de una nueva solicitud de fecha 2 de marzo del año 2000, y en el que como es preceptivo emitió informe la autoridad policial, a Y. le fue concedida la exención del visado y la concesión de tarjeta de residente.

Todas las víctimas expresaron ante la Autoridad Judicial su deseo de no formular denuncia.

El relato de hechos probados es evidente que describe una conducta que es plenamente subsumible en el delito, tanto más en cuanto tiene la consideración de continuado.

Además, la sentencia de instancia, siguiendo la doctrina de esta Sala, representada por Sentencias como las de 13 de junio de 1979, ó la de 14 de diciembre de 1992, considera que la relación de interés, para ser penalmente relevante, no tiene por qué revestir un necesario carácter formal, cifrado en instancia o pedimento atenido a la normativa y rígidos cauces de un definido procedimiento judicial o administrativo, sino que bastará la realidad de cualquier aspiración o expectativa –obtención de un logro tangible o evitación de un mal, ligado a la actuación de servicio del funcionario– en cuyo resultado pudiera ejercer apreciable influjo la favorable o adversa disposición del agente. Y que la expresión «pendientes de resolución» no puede entenderse simplemente como pendiente de dictar resolución en el sentido técnico-jurídico de la palabra... sino que dicha expresión quiere decir pendiente de una toma de decisión que, de hecho esté al alcance del funcionario.

Correspondientemente, los jueces *a quibus* entienden en su fundamento de derecho tercero, que el acusado se encontraba en la situación típica, debido a las siguientes consideraciones:

- Que era Jefe del Grupo Operativo en la Brigada Provincial de extranjería y Documentación de la Jefatura Superior de Policía de Valencia.
- Que las tres perjudicadas eran extranjeras, y cuando tuvieron contacto profesional con el acusado se encontraban en situación de ilegalidad en territorio español.
- Que a aquéllas se les incoó expediente de expulsión en el que de algún modo tuvo intervención el acusado, participando activamente en todo el proceso de tramitación de los expedientes; de modo que aunque no dependiera de él acordar directamente la expulsión, suspender o revocar la orden, sí tenía una actuación directa y discrecional en la detención y en el cumplimiento de las órdenes para notificar las resoluciones acordadas por la Delegación del Gobierno o investigar lo que se acordara para comprobar los datos de los expedientes ya iniciados.

Consecuentemente, el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 18 de octubre de 2004)

ARTÍCULO 446

Hubo delito de prevaricación de un magistrado que en una apelación de un proceso de ejecución del artículo 131 LH dicta diversas resoluciones injustas para favorecer a un amigo suyo. Doctrina general del delito de prevaricación judicial aplicable al caso.

Primero. Planteamiento. La sentencia recurrida condenó al Ilmo. Sr. D. J.P.S., magistrado jubilado, que había sido hasta 1998 presidente de la Sección Decimo-

cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona dedicada en exclusiva al trámite de asuntos civiles, como autor de un delito continuado de prevaricación del artículo 446.3.º CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a las penas de 20 meses de multa con una cuota diaria de 50 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 15 años, absolviéndole del delito de tráfico de influencias por el que le había también acusado el Ministerio Fiscal.

Era amigo de un señor que atravesaba dificultades económicas e hipotecó una finca de su propiedad en garantía de una deuda de 200 millones de pesetas con emisión de 200 títulos al portador de 1 millón de pesetas cada uno, todo ello con todos los requisitos legalmente exigidos: otorgamiento de escritura pública, inscripción en el Registro de la Propiedad y comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Se hizo constar en dicha escritura que esos 200 millones de pesetas los había recibido el hipotecante de un determinado señor que podría transferirlos a terceros según su naturaleza de títulos al portador. Y unos diez meses después se hace una nueva escritura pública de rectificación de la anterior, pero que no se inscribe en el Registro de la Propiedad, en el que se hace constar que el suscriptor de esos 200 títulos nada había pagado de su valor, quedando en la posesión de los mismos dicho suscriptor en calidad de fiduciario para irlos colocando en el mercado debiendo entregar al hipotecante las cantidades que en tal concepto fuera percibiendo.

Esto ocurrió entre los años 1993 y 1994.

En marzo de 1995 se inicia proceso penal por querrela del citado hipotecante contra su fiduciario y otras personas por delitos de apropiación indebida y en tal querrela se solicita, como medida cautelar urgente, el secuestro judicial de los citados 200 títulos al portador a fin de evitar su posible transmisión a terceros de buena fe. Se acordó la citada medida cautelar y se ofició a la policía judicial para llevar a efecto el mencionado secuestro que, al parecer, nunca se realizó.

En octubre del mismo año de 1995 en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Esplugues de Llobregat se acuerda admitir a trámite procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria a instancia de cinco personas que alegaban ser legítimos tenedores de un total de 65 de tales 200 títulos al portador, 58 de uno de ellos y los demás repartidos entre los otros cuatro.

Unos meses después, febrero de 1996, se suspende este procedimiento de ejecución civil hasta la resolución de la mencionada causa penal, suspensión que fue recurrida y dejada sin efecto en septiembre del mismo año por considerar que, conforme al artículo 132 LH, por causa criminal sólo cabe suspender el trámite de ejecución hipotecaria cuando lo perseguido fuera un delito de falsedad del título hipotecario.

Esta resolución la dictó quien actuaba como juez sustituta en el mencionado juzgado de Esplugues de Llobregat, la cual recibió una visita de D. J.P., que se presentó como presidente de una sección de la Audiencia Provincial de Barcelona, se interesó en favor de su amigo, el mencionado hipotecante, y al final hizo unos comentarios sobre la precariedad e inestabilidad en el empleo de los jueces sustitutos, lo que intranquilizó a dicha juez.

Antes, en 1995, dicho magistrado había visitado, también para interceder por su amigo, al titular del Juzgado de Instrucción de Barcelona que tramitaba la mencionada causa penal en la que tal amigo actuaba como querellante y, sin embargo, había sido citado a declarar en calidad de imputado.

Precisamente correspondió a la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, la que presidía D. J.P., conocer de varias apelaciones planteadas contra diferentes resoluciones dictadas por el citado juzgado de Esplugues de Llobregat en el procedimiento del artículo 131 LH al que nos estamos refiriendo. Y fue en el trámite

de una de tales apelaciones, la n.º 772 de 1997, en la que actuaba como ponente el magistrado ahora recurrente, donde se dictaron las diversas resoluciones injustas por las que este señor viene ahora condenado como autor de un delito continuado de prevaricación.

La más importante de tales resoluciones fue el auto de 17 de febrero de 1998, en el cual se dejó sin efecto lo actuado en el citado procedimiento del artículo 131 LH, que se declaró nulo en su totalidad tras haber entrado a examinar las causas de adquisición de los títulos al portador garantizados con la hipoteca.

Dicho condenado, D. J.P.S., recurre ahora en casación por cinco motivos que hay que desestimar.

Segundo. 1. En el motivo 1.º, por la vía procesal del n.º 1.º del artículo 849 LECrim se alega infracción de ley por aplicación indebida del artículo 446 CP, que en su n.º 3.º sanciona con las penas de multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 10 a 20 años al juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta que no sea de las previstas en los números 1.º y 2.º del mismo artículo.

Se refiere este motivo 1.º concretamente al citado auto de 17.2.1998 que, como acabamos de decir, aparece en la sentencia recurrida, y también en los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y del querellante, como la principal de todas las resoluciones injustas dictadas por el mencionado presidente de sección en calidad de ponente.

2. Dos son los elementos del delito definido en esta norma del artículo 446.3.º CP:

1.º Un elemento objetivo, consistente en que la autoridad que desempeña el poder judicial en el ejercicio de las funciones propias de su cargo dicte una «resolución injusta».

El término «injusto» o «injusta» que aparece repetido en distintos tipos del delito de prevaricación, referido tanto a resoluciones judiciales como a las administrativas, aparece cualificado con el adverbio «manifiestamente» cuando se define la prevaricación judicial en su modalidad culposa (art. 447 CP), como si el legislador en estos delitos hubiera querido exigir un menor grado de injusticia para las infracciones dolosas. Pero es lo cierto que tanto en unas como en otras este elemento objetivo se viene requiriendo por la jurisprudencia de esta sala, ya de antiguo (Sentencias de 14 de febrero de 1891 y 21 de enero de 1911), de modo extremadamente riguroso, pues sólo cabe prevaricación, cualquiera que sea su clase (judicial o administrativa) o su modalidad de comisión (dolosa o culposa), cuando de modo claro y evidente, sin posibilidad de duda alguna al respecto, la resolución de que se trate carece de toda posible explicación razonable, es decir, cuando es a todas luces contraria a Derecho, porque su contenido, incluso en el supuesto de más favorable interpretación de la norma aplicable al caso o de las pruebas concurrentes, no se compadece con lo ordenado por la ley, pudiendo referirse tal ilegalidad así cualificada, tanto a aspectos de procedimiento como materiales, ya se trate de cuestiones de calificación jurídica, ya de problemas de hecho o de apreciación de la prueba. Y así esta sala viene con frecuencia utilizando los términos de «patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico», «tan patente y grosera que pueda ser apreciada por cualquiera», y otros semejantes, que ponen de relieve que no basta una mera ilegalidad que pudiera entenderse más o menos justificable con algún modo razonable de interpretar los hechos o la norma jurídica, que tiene sus posibilidades de corrección en el ámbito de los recursos propios del caso, sino que se reserva el Derecho Penal para aquellos otros de tan flagrante ilegalidad que quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate, conforme al principio de «intervención mínima». (Sentencias de esta Sala de

20 de abril, 10 de julio, 14 de julio, 6 de octubre, y 14 de noviembre, todas de 1995, entre otras muchas).

En conclusión, los diferentes delitos de prevaricación exigen como elemento objetivo la absoluta notoriedad en la injusticia, faltando tal elemento cuando se trata de apreciaciones que, en uno u otro grado, son discutibles en derecho.

2.º Un elemento subjetivo, exigido con la expresión «a sabiendas», que asimismo se repite en los diversos delitos de prevaricación dolosa, que no es otra cosa que la inclusión expresa en los correspondientes tipos penales del dolo como requisito necesario en toda clase de delitos dolosos y que aquí se incluye en las respectivas definiciones legales para poner de manifiesto la necesidad de que la autoridad o funcionario autor de estas infracciones ha de actuar con plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta. En estos casos, el dolo, en su aspecto de conocimiento relativo a los elementos objetivos del tipo, aparece expresamente exigido en la norma penal.

Luego el artículo 446 nos dice las tres modalidades de este delito, más o menos grave según la clase de resolución de que se trate.

3. En el caso presente, concurrieron los dos requisitos referidos, con relación al n.º 3.º del citado artículo 446, ya que las diferentes resoluciones que la sentencia recurrida considerada objeto del delito de prevaricación, integradas todas en un solo delito continuado, fueron dictadas en el seno de un procedimiento civil.

Limitándonos ahora al auto de 17.2.98, objeto de este motivo 1.º, veamos cómo están presentes en esta resolución esos dos elementos:

A) Concorre ese primer elemento objetivo consistente en una resolución injusta que lo es de modo claro y evidente por ser a todas luces contraria a derecho.

Y para razonar al respecto hemos de referirnos al llamado procedimiento judicial sumario, introducido por la Ley Hipotecaria de 1909, regulado en sus arts. 129 a 135 de la LH y 225 y ss. de su reglamento, que estaba vigente cuando ocurrieron los hechos delictivos aquí examinados, 1997 y 1998, y que han sido sustituidos –por lo dispuesto en la disposición final 9.ª de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 de 7 de enero, que ha modificado diversos artículos de la Ley Hipotecaria– por la regulación de la llamada ejecución dineraria de los arts. 571 y ss. con las especialidades de los arts. 681 y ss., todos de dicha nueva LEC, a los que remite el actual artículo 129 LH.

Conforme a dicha legislación ya derogada, que estaba en vigor cuando se produjeron los hechos constitutivos del delito continuado de prevaricación que estamos examinando, este llamado procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH no es un proceso de cognición, en el que hay una fase de alegaciones y otra de prueba que termina con una sentencia que es la que constituye el correspondiente título ejecutivo, sino un verdadero y propio proceso de ejecución, en el que no existen esas fases de alegaciones, prueba y sentencia, sino sólo una demanda, acompañada del título a ejecutar, que tiene precisamente esa singular eficacia ejecutiva porque el legislador ha querido dotar a determinados documentos de crédito, revestidos de los requisitos que la LEC exige para despachar la ejecución (arts. 1429 y ss. de la ya derogada LEC), de la posibilidad de entrar directamente en la vía de apremio sin necesitar para ello de un previo proceso de cognición. Repetimos: ese procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH es un simple proceso de ejecución, un procedimiento que sirve para transformar la finca hipotecada en dinero, que sólo tiene un trámite que podemos considerar de cognición: el examen que el juez ha de hacer de la demanda de ejecución y los documentos acompañados, de modo que, si se cumplen los requisitos exigidos al efecto, el órgano judicial habrá de admitir la demanda y mandará sustanciar este pro-

cedimiento que consiste en pasar directamente al trámite de la subasta del bien inmueble hipotecado.

Esta es la verdadera naturaleza de este procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, que no se suspenderá nada más que por las causas taxativamente determinadas en el artículo 132, de modo que todas las demás reclamaciones habrán de sustanciarse mediante el juicio declarativo que corresponda. Se pueden promover todos los incidentes que la legislación permita, pero todos han de tramitarse, no en el seno del propio proceso ejecutivo del artículo 131 LH, sino a través de ese otro juicio declarativo ordinario. Y el incidente específico de nulidad de actos judiciales, ahora regulado en los arts. 238 y ss. LOPJ, sólo podrá tener como contenido aquellas causas de nulidad, todas de orden procesal, a las que estas normas concretas se refieren. Al socaire de estos artículos de la LOPJ no cabe decidir nulidades por razones sustantivas referidas al negocio jurídico que sirvió para adquirir aquellos títulos objeto de ejecución en ese especial procedimiento hipotecario.

Pues bien, esta naturaleza del procedimiento del artículo 131 LH, en la que es unánime la doctrina procesalista y también la de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, reconocida por el propio auto de 17.2.98, objeto de este motivo 1.º (página 18 de la sentencia recurrida), es ignorada a lo largo de toda esa resolución prevaricadora que, para argumentar su declaración de nulidad del procedimiento tramitado por el Juzgado de Primera instancia n.º 2 de Esplugues de Llobregat, hace constantes referencias a la forma en que fueron adquiridos los títulos que se pretendía ejecutar, algo totalmente ajeno a la esencia de este procedimiento judicial sumario. Para comprobarlo basta examinar el fundamento de derecho 6.º de la misma resolución, en el que, a título de resumen de lo expuesto en los razonamientos anteriores, se adoptan unas conclusiones (págs. 23 y 24 de la sentencia recurrida, folio 486 del tomo 2 de las presentes diligencias previas) en las que se afirma la falta de legitimación activa de los ejecutantes por no ser terceros hipotecarios del artículo 34 LH al faltarles la buena fe en la adquisición y no haber existido contraprestación onerosa.

Es evidente, y esto lo sabe cualquier jurista que haya estado en contacto con estos procedimientos de la Ley Hipotecaria, que en ellos no cabe acudir a esos negocios, causa de los títulos que se ejecutan, para negar la procedencia de esta clase especial de proceso de ejecución. Ciertamente la declaración de nulidad total acordada en este auto de 17.2.98 respecto de ese procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH constituye una vulneración legal y ello de modo manifiesto, tanto que es indefendible cualquiera que sea el punto de vista que pudiera adoptarse para la interpretación de las normas jurídicas aplicables al caso. Lo que el órgano judicial puede examinar en estos procedimientos, para admitir o rechazar su tramitación, son únicamente los propios títulos de crédito tal y como aparecen en la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad y tal y como los poseen los ejecutantes, habida cuenta de que se trata de una hipoteca en garantía de títulos al portador (arts. 154 y 155 LH). Las cuestiones relativas a la causa de adquisición de los títulos quedan reservadas para el juicio declarativo ordinario.

Así pues, no hay duda de que concurre ese elemento objetivo necesario para el delito de prevaricación: el auto de 17.2.98 fue una resolución singularmente injusta y ello de modo evidente.

B) Asimismo concurre el elemento subjetivo recogido en la definición legal del artículo 446 CP con la expresión «a sabiendas».

Acabamos de decir que cualquier jurista que haya estado en contacto con este procedimiento del artículo 131 LH tiene que conocer ese límite inherente a la esencia de esta clase de proceso: que no cabe rechazar su tramitación por causas referidas al negocio causal por el que se adquirió el correspondiente título cuya ejecución se pre-

tende. Con más razón esto es aplicable a quien, magistrado de carrera y ya a las vísperas de su jubilación, es el presidente de una de las secciones de la Audiencia Provincial de Barcelona encargadas de conocer de los asuntos civiles. Ciertamente no podemos tener duda alguna de que cuando D. J.P.S. redactó y firmó como ponente este auto de 17.2.98 lo hizo conociendo la ilegalidad de su contenido.

A tal efecto conviene poner aquí de relieve tres datos que aparecen en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, recordando ahora que estos hechos probados han de respetarse al haberse formulado este motivo 1.º de casación con fundamento en el artículo 849.1.º LECrim (art. 884.3.º de la misma ley procesal).

Tales tres datos son los siguientes:

1.º La amistad no superficial existente entre este magistrado y la persona a la que favorecía esa resolución prevaricadora, que, aunque negada por el Sr. P., apareció acreditada. Véanse las páginas 5, 32 y 33 de la sentencia recurrida.

2.º La visita que este magistrado hizo al titular del Juzgado de Instrucción de Barcelona, donde se tramitaba la querrela interpuesta por este amigo del Sr. P., ante la circunstancia de que éste, el querellante, había sido citado a declarar en calidad de imputado (págs. 8 y 33 de la sentencia recurrida).

3.º Otra visita semejante, también para interesarse por su amigo, que realizó el mismo magistrado Sr. P. a la juez sustituta del Juzgado n.º 2 de Esplugues de Llobregat, en que se tramitaba el procedimiento civil del artículo 131 LH (págs. 9 y 33 de la sentencia recurrida).

Como bien dice el Ministerio Fiscal, D. J.P. tenía que haberse abstenido de conocer de este asunto en razón a la mencionada amistad, cumpliendo así el deber impuesto en el artículo 217 en relación con el n.º 8.º del 219 (ahora 219.9.º, tras la reciente modificación por LO 19/2003), ambos de la LOPJ.

Fue correctamente aplicado al caso el artículo 446.3.º CP, con relación a este auto de 19.2.98.

Hay que desestimar este motivo 1.º

(Sentencia de 28 de junio de 2004)

ARTÍCULO 526

Incendiar el vehículo con el cadáver de la persona a la que horas antes le había causado la muerte: concurso real de delitos entre homicidio y delito contra el respeto de los difuntos sin que el injusto de aquél subsuma éste.

Primero. La sentencia recurrida condenó a los jóvenes Luis Pablo, Cornelio y Juan Alberto, que a la sazón tenían 23, 20 y 19 años, como coautores de los delitos de homicidio, robo con violencia en las personas, conspiración para el tráfico de drogas, profanación de cadáveres y daños.

Para las últimas horas del día 4 de agosto de 1999 o primeras del siguiente quedaron citados con Donato los tres referidos en un descampado próximo al cementerio nuevo de la villa coruñesa de Cee.

Los dos primeros, Luis Pablo y Cornelio, vendían cocaína que les suministraba este último (Donato). La cita era para que éste les proporcionara una cantidad importante de tal clase de droga, para que aquellos la vendieran en Vitoria donde residían o

estaban tratando de buscar trabajo; pero aquellos, quejosos contra éste por haberse aprovechado de tales dos y por haberles llevado a esta clase de actividad delictiva, acordaron apoderarse de la cocaína sin pagar su importe y además matarle, para lo cual fueron a dicho lugar en el coche que conducía Juan Alberto quien conocía tales planes de sus dos compañeros y se prestó a ayudarles.

A tal lugar llegaron primero los tres referidos y luego lo hizo Donato en otro vehículo. Discutieron porque les traía menos cocaína de la acordada –tres gramos únicamente–, atacaron a Donato los otros tres a golpes y patadas, desarmaron a dicho Donato de un cuchillo de cocina con el que quiso defenderse, hasta que Luis Pablo, mientras Cornelio le sujetaba, le dio dos puñaladas en el pecho con el arma blanca que llevaba, una de las cuales le alcanzó el corazón muriendo Donato en un corto espacio de tiempo.

Después los tres acusados se fueron al pueblo de Cee donde estuvieron en un bar y allí advirtieron a unos conocidos que no dijeran que los habían visto.

Finalmente, para borrar los vestigios de su acción, regresaron todos al lugar donde había quedado el cuerpo de Donato, lo arrastraron hasta introducirlo en el coche en el que éste había llegado allí, y lo prendieron fuego con sus mecheros quedando el coche destruido y el cuerpo carbonizado.

Luis Pablo no recurrió y Cornelio y Juan Alberto lo hacen ahora en casación, el primero por ocho motivos y el segundo por seis.

[...]

Décimo. 1. Sólo nos queda por examinar el motivo 8.º del recurso de Cornelio y el de similar contenido formulado por Juan Alberto con el núm. 6.º, en los cuales, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega infracción de Ley por aplicación indebida del artículo 526 CP.

Los dos recurrentes nos dicen que tal delito no existió en el caso presente, pues estuvo ausente el elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de faltar al respeto debido a la memoria de los muertos, exigido en tal artículo 526.

Por ello –se dice en los escritos de estos recursos– a lo sumo debiera haberse condenado sólo por el delito de homicidio en el que habría quedado absorbida la ilicitud propia de la incineración del cadáver de Donato.

Dado que estos dos motivos se encuentran acogidos al núm. 1.º del artículo 849 LECrim, para solucionar el problema de calificación jurídica que aquí se plantea hemos de partir del relato de hechos probados de la sentencia recurrida (art. 884.3.º de tal Ley procesal).

2. Tal artículo 526 CP 95, coincidente en este punto con el artículo 340 CP 73, en lo que aquí nos interesa aparece redactado en los términos siguientes: «El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, (...) profanare un cadáver (...) será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses».

Dos son los elementos de tal delito según el propio texto que acabamos de transcribir:

1.º Ha de existir un acto de profanación de cadáver, como lo fue sin duda el hecho de incendiar el coche por parte de los tres procesados con el cuerpo muerto de Donato que antes habían arrastrado para introducirlo dentro de tal vehículo, quedando calcinados el coche y el cadáver. Tal aparece afirmado en los hechos que nos narra la sentencia de instancia y sobre este extremo nada se ha cuestionado.

2.º Tal acto de profanación de cadáveres ha de hacerse «faltando al respeto debido a la memoria de los muertos». A propósito de este elemento del delito es donde se plantean los problemas en estos dos motivos.

Conviene partir para solucionarlos de la redacción objetiva que con referencia a esta clase de delito nos ofrece el texto del artículo 526, a diferencia de lo que en este mismo artículo, en su apartado final se hace con relación a otra figura delictiva, donde expresamente se utiliza una redacción claramente subjetiva: a propósito del delito de daños en las urnas funerarias, panteones, etc., se exige «ánimo de ultraje».

Como consecuencia de esa redacción objetiva la mayor parte de la doctrina viene entendiendo que ha de excluirse que, en el tipo de delito que estamos examinando, se exija un elemento subjetivo del injusto a agregar al dolo que ha de existir en toda clase de delitos dolosos.

Esta sala entiende que esta falta de respeto es simplemente la mención en la definición legal del bien jurídico protegido: el valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida.

Decir simplemente como definición de delito «el que (...) profanare un cadáver o sus cenizas» podría permitir que actos de importancia menor quedaran sancionados como delito máxime cuando ha desaparecido la falta del anterior artículo 577. Estos actos han de tener siempre una cierta entidad para que pueda entenderse afectado ese bien jurídico y para esto sirve este requisito exigido en este artículo (la mencionada falta de respeto), como puede deducirse de que tal elemento típico no apareciera en la citada falta del artículo 577. Reconocemos que es difícil determinar el alcance y los propósitos del legislador para dar un contenido concreto a este elemento del delito. Pero estimamos que no hay razón alguna para que haya de tener ese alcance de elemento subjetivo del tipo a agregar al dolo siempre necesario.

Hay que considerar que, como elemento subjetivo, sólo es necesario aquí el dolo, en cuanto exigencia de que el sujeto activo haya actuado con el conocimiento de la concurrencia de los elementos objetivos especificados en la norma: conocimiento de la profanación del cadáver o sus cenizas y además conocimiento de que con el acto concreto de profanación que ha realizado, ha estado «faltando al respeto debido a la memoria de los muertos». Nada se dice al redactar este texto de «ánimo de», «con intención de», «con propósito de», «a sabiendas de», «con el conocimiento de», etc. que es como generalmente en nuestro CP se viene configurando este específico elemento subjetivo del injusto.

3. Y aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa hay que entender que aquí concurrieron esos dos elementos objetivos (profanación más falta de respeto) y que los tres autores del hecho del incendio del coche con el cadáver dentro en ese momento sabían que estaban profanando un cadáver y que con ese acto concreto de profanación también estaban faltando al respeto debido a la memoria de los muertos. Y ello aunque la finalidad última en las intenciones de cada uno de los tres autores del hecho fuera la de hacer desaparecer las huellas del homicidio que en aquella otra ocasión anterior habían cometido en esa misma madrugada del 5 de agosto de 1999. Tal intención última impidió la concurrencia del llamado dolo directo de primer grado, pero no que estuviera presente el dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias.

4. Y en cuanto a la pretendida absorción en el previo delito de homicidio por la mencionada finalidad última, hemos de decir que nos encontramos ante un caso más en que hay que resolver la cuestión de si nos hallamos en un concurso de normas o de delitos. Problema difícil de solucionar, como ya hemos dicho en otras ocasiones, al que ha de aplicarse un criterio tan impreciso como es el de la valoración de la ilicitud del hecho: si la total ilicitud del comportamiento a examinar queda abarcada con una sola de las sanciones previstas por el legislador para uno de los tipos de delito en juego, nos encontramos ante un concurso de normas a resolver por alguna de las reglas del actual artículo 8 CP, en este caso la de su núm. 3.º; pero si es necesario

aplicar todas las sanciones previstas en los diferentes artículos del Código Penal para abarcar esa total antijuridicidad, entonces nos hallamos ante un concurso de delitos, real, ideal o medial, según las circunstancias del caso.

Entendemos que nos encontramos aquí ante un concurso de delitos, y para comprenderlo así basta con poner de manifiesto lo que nos dice la sentencia recurrida en el apartado C) de su fundamento de derecho décimo.

Con este texto la Audiencia Provincial está exponiendo con otras palabras este criterio que acabamos de explicar: no basta condenar sólo por el homicidio, pues si así lo hiciéramos quedaría impune una acción que la Ley prevé como delictiva. Es claro que los delitos de homicidio, asesinato, aborto, etc. pueden cometerse sin necesidad de realizar algo tan despreciativo con el cadáver de un ser humano, como lo que hicieron en el caso presente los tres homicidas. Habrá casos de manipulación de cadáveres para su ocultación en que quizá pudiera aplicarse, por su importancia secundaria, el criterio de la absorción (concurso de normas del artículo 8.3.º CP), pero no en éste, por las circunstancias que lo rodearon: entre otras relativas a lo deleznable del hecho (incendio con resultado de carbonización), el dato de que transcurrió un tiempo desde el homicidio hasta el incendio del coche con el cadáver de la víctima, varias horas al parecer, revelador de que el propósito de cometer el nuevo delito apareció con posterioridad a la consumación del anterior, un elemento más a considerar para que tengamos que apreciar la independencia de ambas acciones criminales.

Por otro lado, esa diferencia temporal impide que pudiera apreciarse la existencia de un concurso ideal. No hay un solo hecho constitutivo de dos infracciones (art. 77 CP), sino dos hechos diferentes. Tampoco cabe hablar de un delito medio necesario para cometer otro (inciso 2.º del mismo art. 77.1), pues la relación entre ambos es la de ocultación, que es la que habría determinado la concurrencia de un delito de encubrimiento –absorbido por lo dispuesto en el citado art. 8.3.º CP– del artículo 451.2.º si hubiera de aplicarse el referido concurso de normas. Los hechos presentes exceden del mero encubrimiento del citado artículo 451.2.º por tratarse de un hecho delictivo con tipificación independiente por referirse a un bien jurídico diferente del protegido en el delito de homicidio: el respeto debido a la memoria de los muertos, distinto del que se encarna en el relativo a la vida de una persona.

En conclusión, nos hallamos claramente ante acciones diferentes que constituyen un delito de homicidio y otro de profanación de cadáveres.

Fue bien aplicado al caso el artículo 526 CP.

(Sentencia de 20 de enero de 2004)

ARTÍCULO 564

El arma subfusil semiautomático, CETME, es plenamente encajable en el artículo 564.1.2.º del CP, en relación con el artículo 2 b) y c) y 6 c) del Reglamento de Armas, por lo que es arma de fuego larga y no arma de guerra si su posibilidad de hacer fuego automático o ametrallador se encontraba anulada. Animus possidendi.

Segundo. Se formula el motivo por infracción de ley al amparo del artículo 849 de la LECrim, por aplicación indebida del artículo 138 CP, en relación con los arts. 16.1 y 62 CP y 564.1.º y 2.º del mismo texto legal.

[...]

En cuanto al delito de tenencia ilícita de armas no cabe duda que la posesión y empleo de un subfusil semiautomático (su posibilidad de hacer fuego automático o ametrallador, se encontraba anulada) CETME, calibre 9 mm. Parabellum, es plenamente encajable en el artículo 564.1,2.º del CP, en relación con artículo 2 b) y c) y 6 c) del Reglamento de Armas, aprobado por RD 137/93 de 29 de enero, en cuanto que es arma de fuego larga (y no arma de guerra, dada la supresión de sus facultades de hacer fuego automático) y que se carecía de licencia o permiso necesario para ello.

Esta Sala ciertamente se ha pronunciado sobre la tenencia eventual de armas de fuego y en concreto sobre el *animus possidendi*. Así, la Sentencia de 14 de junio de 1991, recordada por la de 14 de mayo de 2003, declara que la doctrina científica y jurisprudencial considera el delito de tenencia ilícita de armas como un delito permanente, en cuanto la situación antijurídica se inicia desde que el sujeto tiene el arma en su poder y se mantiene hasta que se desprende ella; como un delito formal, en cuanto no requiere para su consumación resultado material alguno, ni producción de daño, siquiera algún sector doctrinal prefiere hablar al respecto de un delito de peligro comunitario y abstracto, en cuanto el mismo crea un riesgo para un número indeterminado de personas, que exige como elemento objetivo una acción de tenencia (y por ello es calificado también como tipo de tenencia) que consiste en el acto positivo de tener o portar el arma, de suerte que la omisión del acto de sacar la guía o licencia oportunas, es elemento normativo afectante más bien a la antijuricidad; exigiendo tal acción del tipo la disponibilidad del arma, es decir la posibilidad de usarla según el destino apropiado de la misma. Como elemento subjetivo atinente a la culpabilidad se exige el *animus possidendi*, esto es, el dolo o conocimiento de que se tiene el arma careciendo de la oportuna autorización, con la voluntad de tenerla a su disposición, pese a la prohibición de la norma.

Pues bien, aplicados los anteriores conceptos al caso, con respecto a la tenencia del subfusil, resulta también el elemento subjetivo o *animus possidendi* propio, que de ningún modo aparece descartado por el relato fáctico, que destaca su empleo para hacer fuego con él; habiendo constatado, por otra parte, la prueba practicada, a través de las declaraciones del testigo Rafael que vio dos veces el arma en la casa, incluso al día siguiente de los hechos, antes de llevar a a Julio al hospital.

Séptimo. El primero de los motivos invocados se ampara en infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 138 CP, en relación con los arts. 16.1 y 62 CP y 564.1.º y 2.º del mismo texto legal, y del artículo 564.1.º y 2.º CP.

En cuanto al delito de tenencia ilícita de armas es incontestable que el subfusil es un arma de fuego cuya posesión es encajable en el artículo 564.1,2.º del CP, en relación con artículo 2 b) y c) y 6 c) del Reglamento de Armas, aprobado por RD 137/93 de 29 de enero, en cuanto que es arma de fuego larga (y no arma de guerra, dada la supresión de sus facultades de hacer fuego automático) y que tanto la recurrente como sus compañeros carecían de licencia o permiso necesario para ello.

La recurrente pone su énfasis en que no dispuso de arma alguna; que cogió el subfusil a sabiendas de que estaba descargado y por ello tal instrumento no puede reputarse como arma a los efectos jurídico penales.

Sin embargo, la objeción no puede ser atendida, tanto porque el mismo *factum* rechaza la pretendida ignorancia de aquella respecto de su descarga, al decir que la acusada, sin que conste que tuviese conocimiento de si el arma se hallaba cargada o no, cogió el subfusil y, con intención de causar la muerte a Julio, accionó el disparador sin que hubiese detonación, como porque la doctrina de esta Sala ha precisado (SSTS 10 de abril de 1986, 6 de marzo de 1992, 29 de mayo de 1993) que para estimar inútil un arma ha de estar en tal forma que ni pueda hacer fuego ni ser puesta en

condiciones de efectuarlo. Y que la aptitud para el disparo se debe apreciar en forma abstracta y no como una posibilidad inmediata del arma.

En el caso es evidente, pues, que aunque en el momento de intentar la acusada su disparo, el subfusil no llevara colocado el cargador con que ser alimentado de munición, por ello no queda privado de su condición de arma a los efectos jurídico-penales.

(Sentencia de 4 de junio de 2004).

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circulares

CIRCULAR 1/2004, SOBRE RÉGIMEN TRANSITORIO APLICABLE A LA REFORMA 15/2003

I. INTRODUCCIÓN

El sometimiento del Código Penal a un continuo proceso de reformas está llegando a mutar la esencia del Derecho Transitorio, generando un indeseable estado de *permanente transitoriedad*. Para hacer frente desde el principio de unidad de actuación que ha de vertebrar al Ministerio Fiscal al reto representado por la reforma 15/2003 es necesario adoptar pautas interpretativas ponderadas, precisas y concretas.

Debe en todo caso resaltarse que la Fiscalía General del Estado ya dispone de un importante bagaje doctrinal que puede ayudar a hacer frente a los problemas que vayan generándose. En este sentido cabe citar las Circulares 2/1983, 1/1996, 2/1996 y 1/2000, la Instrucción de 30 de agosto de 1928 y la 1/2000 y las Consultas 1/1942 y 6/1955 entre otras.

Además, la labor será más simple que las tareas comparativas que se efectuaron con motivo de la entrada en vigor del CP 1995, en el que existía un plus de complejidad al ser necesario tener en cuenta la problemática derivada de la institución de las redenciones ordinarias y extraordinarias.

Ante la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la Fiscalía General del Estado optó por emitir dos Circulares distintas, una dedicada a abordar los problemas derivados de la revisión de sentencias (la 1/1996) y otra a los del tratamiento de hechos pendientes de enjuiciamiento (la 2/1996). El menor calado y complejidad de la reforma 15/2003, en tanto reforma parcial, así como la preexistencia de la doctrina emanada de las Circulares referidas hacen aconsejable ahora dedicar un único instrumento para abordar ambos aspectos.

Como coordinadas fundamentales para analizar los problemas de Derecho Transitorio debe partirse de que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable que ya aparecía en el art. 24 del Código Penal anterior se ratifica en el art. 2.2 del CP vigente. Igualmente nuestra Constitución en su art. 9.3, garantiza la irretroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales», principio que se repite en el art. 2.1 del Código Penal y en el art. 2.3 del Código Civil.

Aunque la Constitución no lo acoge expresamente, interpretando *a contrario sensu* el art. 9.3 CE «puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable» (SSTC 8/1981, de 30 de marzo, 15/1981, de 7 de mayo).

Expresamente la Disposición Transitoria Primera de la LO 15/2003 establece que *se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.*

Antes de entrar en el análisis de las Disposiciones Transitorias de la Ley 15/2003, debe recordarse que la misma establece en su Disposición final quinta tres periodos distintos de «*vacatio legis*»:

1) Las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley Reguladora de Responsabilidad del Menor y la modificación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria (posibilidad de anotación de embargo preventivo o prohibición de disponer, acordada por un Juez Penal sobre bienes cuya titularidad registral se considera aparente), entraron en vigor el día siguiente de la publicación de la ley, es decir, el 27 de noviembre de 2003.

2) Las modificaciones relativas a los delitos de insolvencia punible (artículos 259, 260 y 261) entraron en vigor junto con la Ley Concursal, es decir, el día 1 de septiembre de 2004.

3) Las modificaciones sustantivas que afectan al Código Penal han entrado en vigor el día 1 de octubre de 2004.

Debe ante todo tenerse presente que las genéricas disposiciones transitorias del Código Penal de 1995 siguen vigentes en lo que no se opongan a las específicas de la LO 15/2003, por lo que la fragmentaria regulación del Derecho Transitorio contenida en la reforma 15/2003 habrá de integrar en ellas sus lagunas. La única Disposición Transitoria del CP de 1995 expresamente derogada es la Duodécima, que lo fue por la Disposición Final 5.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

II. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA REFORMA 15/2003

En primer lugar cabe reseñar que los preceptos introducidos por la reforma que pueden considerarse como más beneficiosos podrían clasificarse en los siguientes grupos.

II.1. Despenalizaciones

La reforma ha despenalizado la falta de conducción de vehículos de motor o ciclomotores sin seguro (art. 636). Por consiguiente, los Sres. Fiscales habrán de interesar el archivo de los juicios de faltas en tramitación, solicitando simultáneamente la remisión de testimonio a la Autoridad administrativa para, que en su caso incoe el correspondiente expediente administrativo sancionador.

Idéntico tratamiento habrá de darse a las condenas penales pendientes de ejecución, salvo que el penado satisfaga la multa voluntariamente antes de acordarse el archivo y la correspondiente deducción de testimonio.

También se despenalizan determinadas conductas como consecuencia de la elevación de las cuantías mínimas típicas en los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social (arts. 305 y 307), fraude de subvenciones (art. 308), daños imprudentes (art. 267), falsedades contables (art. 310) y uso de información privilegiada (art. 285).

El tratamiento habrá de ser idéntico: las causas en tramitación que versen sobre cuantías que no alcancen el mínimo típico habrán de ser archivadas y cuando los hechos despenalizados puedan ser constitutivos de infracciones administrativas, los

Sres. Fiscales habrán de instar la remisión del correspondiente testimonio a la autoridad administrativa a los efectos procedentes, simultáneamente a la solicitud de archivo del procedimiento.

Tratamiento análogo habrá de dispensarse en estos casos a las sentencias condenatorias firmes pendientes de ejecución, siempre que se constate efectivamente que la cuantía determinante de la tipificación conforme a la legislación derogada no alcanza el límite cuantitativo fijado en cada caso por la reforma operada por LO 15/2003.

II.2. Elevación de cuantías delimitadoras de la tipificación como delito o falta

Se han elevado las cuantías mínimas en relación con las figuras típicas de daños, hurtos, hurtos de uso, defraudaciones de energías o fluidos, estafas, apropiaciones indebidas, sustracciones de uso de vehículos de motor, usurpaciones, así como en la expedición de moneda falsa recibida de buena fe. En todos estos casos, la cuantía de 50.000 pts, equivalente a 300,51 euros conforme a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 5/2001, de 13 de diciembre, *sobre los efectos de la introducción del euro en el ámbito penal*, pasa a sustituirse por la cuantía de 400 euros.

Por tanto, se transforman en falta las conductas de referencia cuando su cuantía excedía de 300,51 euros sin sobrepasar los 400.

II.3. Elevaciones de cuantías delimitadoras de tipos básicos y subtipos atenuados

En este caso se encuentra el tipo de malversación privilegiada prevista en el artículo 432.3 que fija la cuantía delimitadora en 4.000 euros frente a las 500.000 pesetas anteriores a la reforma.

II.4. Delitos a los que se asigna una penalidad inferior tras la reforma 15/2003

El límite inferior de la pena de prisión pasa de seis a tres meses en los siguientes supuestos:

1) Delitos de participación en riña tumultuaria (art. 154). En este tipo también se modifica la extensión de la pena de multa alternativa, que de dos a doce meses pasa a castigarse con pena de seis a 24 meses.

2) Amenazas con mal no constitutivo de delito (art. 171.1). De tener asignada una pena de prisión de seis meses a dos años pasa a castigarse con pena de prisión de tres meses a un año. También en este tipo penal se reduce el límite inferior de la multa alternativa.

3) Delitos de quebrantamiento de deberes de custodia, subtipo atenuado (art. 225). En este subtipo se incrementan no obstante el límite inferior y superior de la multa alternativa.

El límite inferior de la pena de prisión pasa de seis meses a cuatro meses en:

- 1) Delitos contra la flora y la fauna (arts. 332, 333, 334, 336).
- 2) Amenazas del apartado 2.º del art. 171.2.

Por último, en los subtipos agravados de delito contra la propiedad industrial, el límite mínimo de la pena se reduce de dos a un año (art. 276) si bien el límite mínimo de la multa, a imponer conjuntamente, se incrementa.

La falta de lesiones imprudentes del art. 621.3 ve reducido el mínimo de la multa de quince a diez días.

II.5. Introducción de penas alternativas

Se introduce pena de multa como alternativa a la pena privativa de libertad en los delitos de abandono de familia e impago de pensiones (arts. 226 y 227), en el delito de aborto cometido por imprudencia (art. 146) y en el delito de lesiones imprudentes causadas al feto (art. 158).

Se introduce pena de trabajos en beneficio de la comunidad como alternativa a la pena de multa en el delito de sustracción de vehículo de motor (art. 244).

El tipo delictivo de expendición de moneda falsa recibida de buena fe por importe superior a 400 euros (art. 386.3) sustituye la pena conjunta de arresto de fin de semana y multa por una pena alternativa de prisión de tres a seis meses o multa.

En la falta de deslucimiento de bienes inmuebles (art. 626) a la pena privativa de libertad (ahora de localización permanente) se incorpora como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad.

II.6. Reducción de topes máximos imponibles

En los tipos básicos de estafa y de apropiación indebida (art. 249 y 252) el límite máximo de la pena se reduce a tres años de privación de libertad.

Además de la procedencia de revisar penas impuestas por el tipo básico de más de tres años, esta reducción arrastra como consecuencia la del plazo de prescripción, que pasa de cinco a tres años (art. 131), lo que habrá de dar lugar en su caso a la aplicación del nuevo régimen en cuanto traiga consigo esa consecuencia más favorable.

II.7. Exigencia de requisitos reforzados en la tipificación penal

Se introduce el requisito de grave perjuicio para el medio ambiente en el art. 332, que tipifica los delitos relativos a la protección de la flora, por lo que su ausencia transmuta la conducta en la falta prevista y penada en el art. 632.1.

II.8. El nuevo régimen de la suspensión de condena para los toxicómanos

El nuevo art. 87 dispone que *aun cuando no concurran las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el artículo 81, el juez o tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

Se instaura por consiguiente un nuevo régimen, potencialmente mucho más beneficioso que el anterior.

Para las causas aún no enjuiciadas para las que eventualmente pueda ser de aplicación esta suspensión privilegiada cabrá aplicar la nueva legislación aunque desde el

punto de vista de la pena a imponer no sea mas beneficiosa, si con el anterior régimen no era posible la suspensión.

Las sentencias firmes dictadas en estos casos, cuando hubiese sido impuesta pena que impedía la suspensión, podrán ser revisadas aun cuando por razón exclusiva de la pena impuesta no procediera, si esta revisión puede dar lugar a la aplicación de la suspensión privilegiada. En este sentido cabe citar el AAP Valencia, sec. 5.ª, de 4 de noviembre de 1998 que estableció que «por tanto, aun cuando si tan sólo se tiene en cuenta la pena privativa de libertad impuesta al reo por el delito objeto de condena, no puede tenerse por más favorable al mismo el nuevo Código Penal, el estudio global de la normativa de éste en su conjunto desmiente tal impresión primera, y obliga a concluir en que su aplicación retroactiva sí le resulta más favorable, puesto que le permite solicitar la concesión de determinados beneficios a los que no tiene acceso según el anterior Código que en concreto le fue aplicado, por lo que, en aras a respetar tal voluntad del legislador, deber optarse, en suma, por razones de justicia material, por proceder a la revisión interesada».

En este punto y en general para la institución de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad cabe mantener, como ya lo hizo la Circular 1/1996 que si se revisa una sentencia y si la nueva pena impuesta lo permite y la anterior no lo consentía por su duración, nada impide que puedan ser aplicados los beneficios de la suspensión de la ejecución (arts. 80 y siguientes).

II.9. Supuestos en los que resulta dudoso determinar la norma más favorable

Tanto si nos enfrentamos a un supuesto de revisión de sentencia ya firme, como a un supuesto de elección de la norma más favorable para el enjuiciamiento de un hecho delictivo, la opinión del reo o del acusado, respectivamente habrá de ser determinante cuando el Juez mantenga dudas sobre lo más favorable. Por el contrario cuando la benevolencia de la Ley penal sea algo objetivo –lo que ocurrirá la mayor parte de las veces en las que si las penas afectan al mismo bien jurídico el criterio determinante será el de la extensión cuantitativa y si afectan a diferentes bienes jurídicos lo será el del rango de cada uno de ellos– no tiene el Juez o Tribunal que seguir necesariamente los dictados del penado.

En efecto, pueden detectarse supuestos en los que no cabe dar normas generales apriorísticas, pues ha de estarse a las concretas circunstancias concurrentes para poder alcanzar una conclusión sobre la norma más favorable, especialmente cuando se trata no ya de revisar sentencias sino de decidir la norma aplicable a un proceso vivo. En estos casos habrá de prestarse especial atención al resultado de la audiencia al reo.

Así, el delito de sustracción de vehículos de motor tipificado en el art. 244 CP estaba castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de tres a ocho meses si lo restituyere, directa o indirectamente, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas. Con la nueva regulación pasa a estar castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días o multa de seis a doce meses. En principio puede considerarse que la nueva regulación, en tanto no prevé pena privativa de libertad, es más beneficiosa. Sin embargo la pena de multa se ve incrementada y su impago puede dar lugar a una responsabilidad personal subsidiaria no inferior a noventa días a cumplir en establecimiento penitenciario (art. 53).

Del mismo modo, el delito agravado de omisión del deber de socorro tipificado en el art. 195.3 es reformado de forma que si anteriormente la pena correspondiente al ilícito *si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio* era de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, y *si el*

accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, ahora corresponde pena de prisión de seis a dieciocho meses, en el primer caso y de prisión de seis meses a cuatro años en el segundo. Por tanto se incrementa el máximo de la pena privativa de libertad pero el nuevo texto no contempla la pena de multa. Por ello, aunque en general la nueva normativa es más perjudicial, en supuestos concretos pudiera ser más beneficiosa, por lo que no puede descartarse a priori enjuiciar hechos anteriores a la entrada en vigor conforme al nuevo texto.

El delito tipificado en el art. 389.2.º referido al adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyera o utilizara en cantidad superior a cincuenta mil pesetas estaba castigado con pena de arresto de ocho a doce fines de semana, y, si únicamente los utilizara, por la misma cantidad, con la pena de multa de tres a doce meses. Tras la reforma se dispone que el adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyera o utilizara en cantidad superior a 400 euros será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses. Al margen de los efectos de los nuevos límites cuantitativos, la nueva regulación puede en determinados supuestos considerarse más beneficiosa al posibilitar una pena no privativa de libertad.

El artículo 463 que castiga las incomparencias a juicio sin justa causa también puede eventualmente ser más beneficioso, dependiendo de las circunstancias concurrentes, pues aunque se incrementan las penas privativas de libertad, se introduce la posibilidad alternativa de pena de multa en algunos supuestos.

Finalmente, en el libro II del CP nos encontramos con determinados tipos delictivos (arts. 226, 227, 244, 289, 379, 463, y 514.4) en que la pena de arresto de fin de semana se ha visto sustituida por pena de prisión (con la alternativa de multa) o por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (con idéntica alternativa). Al deber tenerse en consideración las normas completas de uno y otro Código, (y por tanto las normas relativas a sustitución de penas recogidas en el artículo 88), los Sres. Fiscales valorarán en concreto, de forma individual, el precepto más favorable, atendida la capacidad económica del acusado, sin perjuicio de valorar, en su caso, la conveniencia o no de solicitar una pena privativa de libertad.

II.10. Modificaciones en los requisitos de procedibilidad

Este punto no ha de plantear problemas pues a diferencia de lo que aconteció en el tránsito del CP de 1973 al CP de 1995, tras la reforma 15/2003, las modificaciones legislativas suponen que en determinados delitos para los que antes era necesaria denuncia (injurias y calumnias contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, art. 215.1 y delitos contra la propiedad intelectual e industrial, art. 287) ahora son perseguibles de oficio, por lo que no existirán supuestos de causas abiertas sin colmar requisitos nuevos de procedibilidad.

Sí habrá de tenerse presente que la flexibilización de la persecución, sin embargo, no puede entenderse aplicable a hechos anteriores, como ya mantuvo en su día la Circular 2/1996, sin perjuicio de que en tales supuestos si se hubiere iniciado una causa antes del 1 de octubre sin contar con la preceptiva denuncia, se haga ofrecimiento de acciones a los potenciales perjudicados, antes de adoptar cualquier resolución.

III. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

No plantean problemas de transitoriedad y por tanto no son objeto de análisis los procedimientos relativos a hechos que se hayan cometido con posterioridad al día 1 de octubre de 2004 y aquellos que, cometidos con anterioridad, ya hayan sido sentenciados y ejecutados en su totalidad.

Como ya se adelantó *supra*, las Circulares 1/1996 y 2/1996, que fijaron pautas de interpretación y actuación respecto de los problemas que la entrada en vigor de la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal suscitó en su momento van a seguir teniendo una sustancial vigencia, pues el Derecho Transitorio de la LO 15/2003 sigue en esencia la filosofía inspiradora de las disposiciones de la LO 10/1995.

III.1. Sentencias firmes no revisables

En principio son susceptibles de revisión todas las sentencias firmes cuyo cumplimiento se encuentra pendiente o en trámite de ejecución.

A ello se refiere expresamente la Disposición Transitoria 2.ª de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, al indicar que *los jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial.*

Sin embargo, no procederá la revisión en todas aquellas sentencias que ya la propia norma transitoria excluye de esa posibilidad, conforme a sus Disposiciones Transitorias segunda y tercera.

Cabe distinguir los siguientes supuestos de no revisabilidad:

1) *En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia.* (Disposición Transitoria 2.ª).

Esta disposición no hace sino reproducir literalmente el contenido de lo dispuesto en el párrafo 2.º de la Disposición Transitoria 5.ª de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, —salvo meras cláusulas de estilo, para adaptar la nomenclatura al hecho de que se trata de una reforma parcial y no de un cambio de Código— por lo que la jurisprudencia que interpretó esta norma habrá de considerarse plenamente operativa.

En este sentido habrá de tenerse en cuenta que en definitiva *«la retroactividad de la ley más favorable no da lugar a una pretensión de nueva individualización de la pena [...]». Por tanto, la comparación de leyes prevista de forma general en el art. 2.2 del Código vigente y con carácter específico en las disposiciones transitorias de la ley orgánica 10/95 no requiere una nueva individualización de la pena que correspondería de acuerdo con el Código penal vigente, sino tan sólo la comprobación de si la pena impuesta en su día, acorde con la gravedad de la culpabilidad antes de la entrada en vigor del nuevo Código, podría ser impuesta conforme a los preceptos de éste. Únicamente en el caso de que la pena impuesta en sentencia firme fuese superior al límite máximo del marco previsto en el nuevo Código, se consideraría éste último ley más favorable»* (SSTS 115/1998, de 5 de febrero, 927/1997, de 23 de junio, y 286/1997, de 8 de marzo, entre otras).

Igualmente se mantiene por el TS que *la ponderación de la pena más favorable en la revisión de sentencias firmes ha de prescindir de elementos de individualización vinculados al «ejercicio del arbitrio judicial».* En ese sentido, se pretende establecer, en la fijación del término de comparación correspondiente a la pena aplicable de acuerdo con el nuevo Código penal, un marco con un límite máximo y un límite mínimo. Para que esta pena pueda ser considerada más favorable que la impuesta en la sentencia firme, es necesario que ésta última sea superior al límite máximo de aquel marco penal... únicamente si la pena aplicada en sentencia firme es superior a este marco legal, puede afirmarse que la pena del nuevo Código es más beneficioso, ya que de acuerdo con sus disposiciones no se hubiese podido imponer aquélla. (SSTS 505/1997, de 14 de abril, y 398/1997, de 24 de marzo).

Entenderán por tanto los Sres. Fiscales que cuando la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia firme se encuentre incluida en el período de duración previsto para pena de la misma naturaleza en la regulación actual, no procede revisión alguna, con independencia de que en abstracto se hayan modificado los límites mínimo y máximo de la sanción correspondiente al tipo penal de que se trate.

Esta disposición introduce un tratamiento radicalmente diferente en la aplicación del principio de retroactividad de la norma más favorable dependiendo si existe pena impuesta por sentencia o si por el contrario la causa seguida por hechos anteriores a la entrada en vigor de la nueva ley aún no ha sido sentenciada. En este segundo supuesto sí podrá darse operatividad a los casos en los que manteniéndose tramos de penalidad imposables en ambas legislaciones, el límite inferior se reduce en la nueva.

Se exceptiona la regla de la no revisibilidad en los supuestos en los que tras la reforma se introduzca una previsión alternativa de pena no privativa de libertad. Este inciso deberá ser interpretado por los Sres. Fiscales en el sentido de que será obligatorio iniciar el proceso de revisión y por tanto, será también obligatorio plantearse si procede modificar la sentencia para imponer la pena alternativa no privativa de libertad. Pero cumplidas estas obligaciones podrá el Juzgador, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, optar por revisar o no revisar. No será pues obligatorio sustituir la pena inicialmente impuesta por la nueva pena de multa no prevista como alternativa en su momento, sino que dicha decisión únicamente debe adoptarse cuando tras el examen de la causa así se estime oportuno.

Esto sucederá en los delitos de abandono de familia e impago de pensiones, previstos en los artículos 226 y 227 respectivamente, por lo que deben incluirse como supuestos en que procede abrir el procedimiento de revisión de la sentencia dictada, sin perjuicio de cuál sea la decisión que en uno y otro supuesto se adopte, que por tanto no necesariamente pasa por imponer la nueva pena de multa.

Distinto es el supuesto en que existiendo tanto en la norma anterior como en la reformada la posibilidad de pena alternativa (privativa de libertad o multa), fue impuesta la pena privativa de libertad. En estos casos habrá de seguirse la interpretación de la Circular 1/96, que estableció que *hay que entender que si en la norma anterior reformada también existía la misma penalidad alternativa, no entrará en juego esa previsión, en la medida en que ya el juzgador tuvo la posibilidad, al dictar sentencia de optar por la pena no privativa de libertad, y, sin embargo, la descartó.*

En relación con esta Disposición Transitoria segunda, la revisibilidad de las sentencias que impusieron penas de arresto de fines de semana imponible en la misma extensión pero en régimen de localización permanente presenta unas peculiaridades que exige su tratamiento en capítulo aparte.

2) *No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida. Igual regla se aplicará si el*

penado se encuentra en período de libertad condicional (Disposición Transitoria 2.ª, párrafo 3.º).

Habrán también que entender comprendidos como casos en los que no procede la revisión el supuesto de suspensión por resolución del Tribunal Constitucional al conocer del recurso de amparo interpuesto (art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y la tramitación de un indulto conforme al art. 4.4 del Código Penal.

En todo caso, en los supuestos de despenalización habrá de procederse a la revisión aunque la pena esté suspendida.

3) *Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda, exclusivamente, pena de multa (DT 2.ª párrafo último).*

4) *No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el juez o tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día, conforme a esta Ley. (DT 3.ª).*

En este supuesto deben entenderse incluidas aquellas sentencias condenatorias que se hayan ejecutado totalmente, aunque los hechos hubiesen sido despenalizados –o degradados a falta– en función de la norma reformada.

En este punto hemos de plantearnos qué tratamiento dar a los supuestos en los que estando pendientes de ejecución los pronunciamientos civiles, los hechos quedan despenalizados. Los Sres Fiscales mantendrán *pro victima, pro damnato* la interpretación conforme a la cual la sentencia no es revisable y continuará la ejecución de esos aspectos civiles (vid. STS de 6 de febrero de 1982). Esta interpretación, en beneficio de los perjudicados también inspiró la reforma del CP operada por LO 3/1989 y la práctica de nuestros tribunales respecto de las ejecutorias tramitadas en relación con hechos cometidos por menores de dieciocho años y mayores de dieciséis tras la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores [vid. AAP Madrid (Sección 15.ª) de 26 de marzo de 2001].

En este mismo sentido, la Circular 1/1996 mantuvo el criterio de que los eventuales pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil debían ser ejecutados en todo caso sin que quedaran afectados por la despenalización.

En estos casos de sentencias ya ejecutadas, pese a no ser objeto de revisión expresa, habrá de tenerse en cuenta el cambio legislativo operado a los efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia. El Tribunal Supremo ya había extendido la retroactividad al efecto ulterior de las sentencias ya firmes y ejecutadas en orden a los antecedentes penales (SSTS 11 de diciembre de 1951 y 24 de noviembre de 1965).

Por tanto, las condenas por hechos despenalizados o que hayan sido convertidos en faltas en la nueva legislación penal, aunque no hayan sido revisadas, no podrán servir de base para la apreciación de la reincidencia (disposición transitoria 6.ª). Por eso en algunas ocasiones no bastará con el examen de la hoja histórico penal, sino que será necesario recabar testimonio de la sentencia anterior.

Tratándose de cambio de naturaleza del hecho delictivo que pasa de delito a falta por modificación de la cuantía dineraria del módulo diferenciador, tras la reforma de 8 de abril de 1967 se adoptó el criterio de que una modificación fundada solo en la pérdida de valor adquisitivo de la moneda no podía ser tenida en cuenta para dejar de estimar los antecedentes penales. Este criterio, que se repitió en otras reformas posteriores del CP (1967, 1974 y 1978), fue además acogido por el TS (SSTS 11 noviem-

bre 1976 y 14 de febrero de 1978), y mantenido tras la reforma 8/1983, de 25 de junio (SSTS 22 de junio de 1984 y 7 de febrero de 1986).

Esta línea interpretativa no debe, sin embargo, ser de aplicación a las modificaciones que en la cuantía diferenciadora de delitos y faltas introduce la reforma 15/2003, ni a las modificaciones introducidas en las cuantías mínimas de los delitos reseñados *supra*, pues incluso aunque se estimara que los cambios cuantitativos no van mas allá de la mera adaptación a la evolución del IPC, la falta de una disposición legal expresa que otorgue cobertura a la interpretación señalada ha de llevar a la mas favorable al reo.

Por tanto, ha de seguirse en este punto la argumentación de la Circular 2/1996 que sostenía –en razonamiento plenamente aplicable a la reforma 15/2003– que al no existir apoyo en las disposiciones transitorias para la tesis de la irrelevancia de la modificación de cuantías, debía mantenerse para los casos analizados la interpretación de que tales sentencias no podían tenerse en cuenta para la apreciación de reincidencia.

Por tanto, en estos supuestos los Sres. Fiscales habrán de interesar, en su caso, que por el Juzgado o Tribunal se oficie al Registro de Penados para que quede sin efecto la anotación de condena. Como quiera que habrá ejecutorias archivadas definitivamente respecto de las que no sea factible su reapertura a fin de dejar sin efecto las notas de condena, cuando en el curso de un procedimiento en tramitación los Sres. Fiscales en el trance de analizar la hoja histórico-penal vislumbren la posibilidad de que un antecedente en principio aplicable pueda ser anulable en base a la reforma 15/2003, interesarán del Juzgado la unión a la causa de testimonio de la sentencia de referencia a fin de analizar si efectivamente es o no computable la condena a efectos de antecedentes penales.

Los Sres. Fiscales no se opondrán a que a instancias del penado, aunque la ejecución esté agotada, pueda solicitarse del Juzgado o Tribunal sentenciador que se oficie al Registro de Penados y Rebeldes para que se deje sin efecto la anotación de condena, pues ha de tenerse presente que los antecedentes penales irradian efectos (siempre negativos para el afectado) en otros ámbitos extrapenales (asi, por ejemplo, legislación sobre seguridad privada, Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, Ley de Contratos del Estado, Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza, Reglamento de Armas, etc).

También estas sentencias no revisables generarán, no obstante, efectos a los fines de evaluar si concurren los presupuestos para la suspensión de la ejecución de la pena. Las condenas anteriores ya ejecutadas pero referidas a hechos que ya no alcanzan el *quantum* típico o que no superan el *quantum* delimitador entre delito y falta no impedirán la posible concesión de los beneficios referidos. Por tanto si la condena anterior no revisada se refiere a hechos que con arreglo a la nueva legislación quedan despenalizados o convertidos en falta, se deberá entender cumplido el requisito de ser delincente primario (en el mismo sentido Instrucción de 30 de agosto de 1928 de la Fiscalía del Tribunal Supremo y Circular 2/1996).

5) *En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta ley».*(D.T. 3.ª 2).

III.2. Determinación del momento de comisión del delito

La Disposición Transitoria Primera de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, establece en su apartado 1.º que *los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada*

en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

Por su parte, el artículo 7 del CP establece que *a los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar.*

Como ya advertía la Circular 2/1996, el precepto deja sin resolver algunos supuestos que pueden plantear dudas en relación con la determinación de la ley penal aplicable, como son los delitos continuados, permanentes, habituales y de tracto sucesivo, en los que una parte de las acciones se hayan ejecutado antes del día 1 de octubre y otros después de esa fecha. Los criterios contenidos en la Circular 2/1996 deben considerarse *mutatis mutandis* aplicables, por lo que basta aquí hacer una remisión a los mismos.

El delito de impago de pensiones del artículo 227 del Código Penal en su nueva regulación resulta castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses, mientras que en su anterior redacción tenía asignada una pena única de arresto de ocho a veinte fines de semana. El nuevo tipo será de necesaria aplicación cuando existan dos impagos consecutivos o los cuatro discontinuos cometidos a partir del día 1 de octubre. En otro caso, si para que los hechos tengan relevancia penal han de tenerse en cuenta incumplimientos anteriores y posteriores al 1 de octubre, habrá de partirse de la imposibilidad de aplicar la pena de prisión de tres meses a un año, por ser claramente una aplicación (parcialmente) retroactiva contra reo y, siendo dudosa qué pena ha de entenderse mas grave, deberá darse audiencia al reo antes de decidir si se impone la antigua pena de arresto de fines de semana o la nueva de multa.

III.3. Determinación de la norma penal más favorable

Conforme a la Disposición Transitoria Primera apartado 2.º *para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta Ley.*

Idéntico contenido tenía la Disposición Transitoria Segunda, inciso primero del CP de 1995, con una única modificación terminológica impuesta por la entidad del cambio legislativo sobre el que operaba (*con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código, rezaba*).

Como resulta de la Disposición Transitoria Primera apartado 1.º de la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, y del artículo 2 del CP, la aplicación retroactiva de la nueva norma, si es más favorable al reo, es procedente en relación con los hechos cometidos con anterioridad al día 1 de octubre de 2004 que se encuentren pendientes de enjuiciamiento, así como respecto de aquellos ya sentenciados, si dicha declaración no ha adquirido firmeza o si aun firme no ha sido ejecutada íntegramente, en el sentido anteriormente expuesto

La determinación de la ley más favorable exige, en los tres supuestos planteados, llevar a cabo una comparación entre ambas normas para decidir cual es la más favorable.

Cuando el apartado 2.º exige que la determinación de la ley más favorable se haga comparando el resultado de la «*aplicación de las normas completas del Código*

actual y de la reforma contenida en esta Ley», está siguiendo el criterio doctrinal y jurisprudencial recogido en múltiples sentencias, en el sentido de que la elección ha de hacerse de manera global, en bloque, en su totalidad, sin que sea admisible ni asumible como más beneficiosa la aplicación «troceada», tomando de cada bloque lo que favorezca y rechazando lo que perjudique, sin que quepa construir una «tercera norma más favorable», pues el Tribunal estaría desempeñando funciones legislativas que no le corresponden, axioma que se recogía en la Circular de la FGE 2/1983.

También la doctrina constitucional ha asumido estos principios y así la STC 131/1986, de 29 de octubre, establece que *el principio de retroactividad de la ley penal más favorable... supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva [...] No es aceptable, por tanto, y así lo ha dicho este Tribunal en el A 369/1984, de 24 de junio, utilizar el referido principio para elegir, de las dos leyes concurrentes, las disposiciones parcialmente más ventajosas, pues en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes en uso correcto de la potestad jurisdiccional que le atribuye el art. 117.3 CE, sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de funciones legislativas que no le competen.*

En este punto debe tenerse presente que en relación con el supuesto de una sentencia que condena a diversos delitos por hechos distintos se ha acuñado una jurisprudencia pacífica en el sentido de poder tratarlos autónomamente, esto es, no considerar obligado aplicar a todos los hechos la misma legislación. En este sentido, la STS 890/1996, de 22 de noviembre, declara que *el art. 2.2 CP de 1995 consagra el principio de la retroactividad de las leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. La disp. trans. 2.ª CP de 1995 dispone razonablemente que para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código, pero dicha norma no autoriza a mezclar hechos distintos, objeto de condena por delitos independientes. Tal criterio contiene una aplicación analógica in malam partem de la norma penal, contraria al principio de legalidad, pues implica ampliar la citada disposición transitoria –aplicación de las normas completas de uno u otro código al hecho enjuiciado– a supuestos distintos, no contemplados en ella, como son aquellos casos en que diversos hechos delictivos hayan sido objeto de condena por tipos autónomos en una misma sentencia. (En el mismo sentido SSTS 664/1997, de 7 de mayo, y 506/1997, de 14 de abril).*

III.4. Examen de algunos supuestos en concreto

III.4.1. LA SUPRESIÓN DE LA PENA DE ARRESTO DE FINES DE SEMANA

En primer lugar ha de partirse de que la supresión de los arrestos de fin de semana del catálogo de penas en modo alguno puede interpretarse como generador de su automática e inmediata inaplicabilidad con la consiguiente imperatividad de su sustitución por otra pena tras el 1 de octubre de 2004.

Antes al contrario, habrá de seguirse interesando su ejecución cuando esta pena hubiera sido impuesta por sentencia firme en los supuestos en los que las sentencias

no sean revisables por no ser más beneficiosa la pena prevista en la norma posterior para el mismo tipo penal.

También habrá de seguirse postulando el arresto de fines de semana como pena a aplicar en procedimientos aún no culminados por sentencia cuando la misma sea más beneficiosa que la penalidad prevista para el tipo penal aplicable tras la entrada en vigor de la reforma 15/2003.

A efectos de comparaciones ha de recordarse que la Disposición Adicional Octava de la Ley 10/1995 establece que el arresto de fin de semana equivale a dos días de privación de libertad.

Cuando proceda mantener o interesar la pena de arresto de fines de semana, habrá de estarse en cuanto a su ejecución a las disposiciones del Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, *por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana*.

También habrá de tenerse presente que el que no se contemple una forma de cumplimiento específico de una pena concreta no significa ni que haya desaparecido la pena como tal, ni por ello que su quebrantamiento sea impune (SAP Sevilla 49/1998, de 10 de enero).

En todo caso debe partirse de la clara voluntad de la Ley reformadora de extinguir la pena de arrestos de fines de semana, por lo que cuando tras las actuaciones revisorias se imponga una pena de esta naturaleza, por estimarse más favorable, los Sres. Fiscales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 88.2 CP en su redacción anterior a la reforma, interesarán la sustitución por pena de multa o de pena de trabajo en beneficio de la comunidad siempre que sea legalmente posible.

III.4.2. LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

Una de las modificaciones penológicas de mayor calado en el Libro III del Código Penal, es la de la sustitución de la pena de arresto de fin de semana por la pena de localización permanente, incorporándola al catálogo de penas del artículo 33 CP con naturaleza de pena leve, como pena principal o como responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa.

La Disposición Transitoria 4.^a establece que *en los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de esta ley fuera la de localización permanente, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que cada día de localización permanente equivale a un día de prisión*.

En principio ese criterio de equivalencia debe abarcar a todas las penas privativas de libertad, y por tanto también a la pena de arresto de fin de semana, desaparecida ya del catálogo de penas. Por ello, una aplicación estricta de dicha regla conjuntamente con la contenida en la Disposición transitoria segunda, conforme a la que *«no se considerará más favorable esta ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias, sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código»* podría llevar a la conclusión de que no son revisables las sentencias firmes por falta en las que se impone pena de arresto de fin de semana, si su extensión no supera la de localización permanente prevista en el tipo.

No obstante debe considerarse –en igualdad de extensión temporal– que la localización permanente resulta más favorable que la pena de arresto de fin de semana, pues esta nueva pena presenta la peculiaridad –sin duda más beneficiosa desde el punto de vista del ejecutoriado– de que el lugar de cumplimiento en la mayoría de los casos se reservará al domicilio del penado y en ningún caso podrá ejecutarse en Centro Penitenciario, a diferencia de la pena de arresto de fines de semana que según el

artículo 37 en su redacción anterior a la reforma debía llevarse a efecto en dichos centros o en depósitos municipales.

Por ello habrá de entenderse que serán revisables todas las condenas por falta de arresto de fin de semana que no estén ejecutadas, pudiendo sustituirse por la nueva pena de localización permanente.

Esta interpretación se estima la más correcta. En primer lugar por ser la más favorable al reo, habida cuenta de los efectos beneficiosos derivados del cumplimiento de la privación de libertad en el propio domicilio, pues es sin duda menos perturbadora para la integración familiar y laboral del penado. Partiendo de la premisa de que es más favorable la Ley que resulta más benévola, es claro que es más favorable no solo la Ley que prevé una consecuencia jurídica menos limitadora de los derechos fundamentales sino también la Ley que prevé una modalidad de ejecución menos gravosa para el ejecutoriado.

En segundo lugar, porque vedar la revisión en estos supuestos supone no respetar la *voluntas legis*, explicitada en la Exposición de Motivos, claramente orientada a la progresiva liquidación de la pena de arresto de fines de semana, entre otros motivos por las dificultades generadas en su ejecución.

III.4.3. NUEVAS FACULTADES OPCIONALES DE REDUCCIÓN DE PENAS

El nuevo apartado 3.º del art. 65 introduce la posibilidad de rebajar la pena en grado en el supuesto de participación como inductor o cooperador necesario en delitos especiales propios cuando en éstos no concurran «*las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor*» (art. 65.3 CP).

El párrafo 2.º del artículo 376 dispone con carácter novedoso que en los casos previstos en los artículos 368 a 372, *los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad*. Se introduce pues un mecanismo para reducir la respuesta punitiva al consumidor traficante cuando se ha rehabilitado de su adicción.

Las referidas disposiciones podrán aplicarse respecto de hechos cometidos antes del 1 de octubre de 2004 y no enjuiciados por sentencia firme, siempre que se opte por la aplicación de las disposiciones reformadas en su globalidad.

Por el contrario, no podrán estas disposiciones motivar el inicio del proceso de revisión de sentencias ya firmes, pues su aplicación entraría dentro de las facultades discrecionales del órgano de enjuiciamiento, exigiría en algunos casos ir más allá de los hechos probados en la sentencia y además dichas circunstancias pudieron ser ponderadas en el enjuiciamiento conforme a la anterior legalidad penal a través de vías genéricas como la atenuante analógica.

En apoyo de esta interpretación y en cuanto a los problemas derivados de la falta de constancia de determinados extremos en los hechos probados debe tenerse presente que ya el TS consideró que *...un hecho que no aparece probado no puede ser sometido a revisión, en la medida en que esta operación se reduce a la comprobación de si la subsunción del hecho de acuerdo con la nueva ley produce unas consecuencias más favorables que la subsunción que tuvo lugar de acuerdo con la ley antes vigente*. (STS 398/1997, de 24 de marzo).

También avala esta exégesis la doctrina fijada por el TS en orden a interpretar las comparaciones de penas entre el CP de 1973 y el CP de 1995: «*sin solución de continuidad y con referencia expresa a las penas privativas de libertad*» se añade que en

ellas no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código. No hay duda de que la mención de las «circunstancias» va más allá de las modificativas de la responsabilidad criminal, de manera que se incluyen en aquel vocablo todas las variables que inciden en la determinación última de la pena, como puede suceder con los arbitrios judiciales a propósito de las formas imperfectas. Esta es la interpretación lógica, que conecta también con la comparación general entre «las normas completas de uno u otro Código», según se lee en la Disposición Transitoria 2.ª (STS 669/1997, de 5 de mayo. En el mismo sentido STS 845/1997, de 9 de junio).

Puede también invocarse la STS 846/1997, de 9 de junio, en la que rotundamente se declara que *puede afirmarse que en la determinación de la pena aplicable de acuerdo con el nuevo Código penal se excluye cualquier factor vinculado a la individualización de la pena concreta y debe considerarse tan sólo si la pena impuesta en la sentencia firme hubiera podido ser impuesta también de acuerdo con el Código vigente.*

III.4.4. DERECHO TRANSITORIO Y SUSTITUCIÓN DE PENAS

Si se hubieran impuesto los arrestos de fines de semana en sustitución de penas de prisión al amparo del artículo 88.2 CP en su redacción anterior, no cabrá la revisión de sentencias firmes puesto que con anterioridad a la reforma 15/2003 también existía la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad principal por pena de multa sustitutiva. Por tanto, debe entenderse que la versión anterior del Código también contenía previsión alternativa de una pena no privativa de libertad. A mayor abundamiento, la facultad de llevar a efecto la sustitución y la forma concreta en que la misma se realiza pertenece al ámbito del arbitrio judicial, por lo que está vedada la revisión en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria segunda.

Únicamente procederá la revisión si antes de la reforma 15/2003 se impuso en aplicación del artículo 71.2 la pena de arresto de fines de semana en sustitución de una pena privativa de libertad inferior a tres meses. En efecto, en tales supuestos, tanto antes de la reforma 15/2003 como tras la entrada en vigor de la misma, imperativamente procede la sustitución de la pena de prisión, pero mientras que antes de la reforma las penas sustitutivas podían ser arresto de fines de semana o multa, tras la reforma 15/2003 en estos casos nunca puede imponerse pena privativa de libertad, solamente cabe imponer multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, por tanto, si se impuso como pena sustitutiva la de arresto de fines de semana, procederá abrir el incidente de revisión para ponderar si debe considerarse más beneficiosa la pena sustitutiva a imponer conforme al nuevo art. 88 que, claro es, en ningún caso podrá ser privativa de libertad.

III.4.5. DERECHO TRANSITORIO Y ASPECTOS REGISTRALES

La reforma ha suprimido el párrafo 2 del artículo 82 del CP, acerca de la inscripción de la condena suspendida en una Sección especial, separada y reservada del Registro Central de Penados y Rebeldes. Esta supresión no puede, en ningún caso, interpretarse de manera desfavorable en relación a los asientos existentes que por tanto subsistirán hasta que transcurra el plazo de suspensión de la última condena anotada, aplicándose el régimen anterior sin duda más favorable.

Por lo demás, el régimen de inscripción separada y temporal de las condenas suspendidas en determinados casos podrá ser decisivo para considerar la legislación

derogada más beneficiosa en su conjunto, por lo que deberá ser valorado a la hora de decantarse por una u otra legislación siendo en estos supuestos de especial interés el resultado de la audiencia del reo.

III.4.6. DERECHO TRANSITORIO Y PRESCRIPCIÓN

En principio, habiéndose mantenido los plazos de prescripción en general e incluso habiéndose incrementado los mismos en algún caso particular, no será frecuente que se planteen supuestos en los que sea el instituto de la prescripción el que arrastre la aplicación de la nueva legislación como mas favorable.

Sin embargo pueden producirse tales casos como consecuencia de las modificaciones penológicas, por lo que los Sres. Fiscales habrán de partir de que la prescripción del delito y de la pena, como causas de extinción de la responsabilidad criminal tienen naturaleza sustantiva, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. De ahí que el principio de retroactividad de la ley penal en lo favorable sea aplicable a tal instituto. Será procedente decretar la prescripción cuando con arreglo a la nueva redacción del Código Penal el delito o la pena resultantes de su aplicación estuviesen prescritos, aunque el tiempo de prescripción haya transcurrido antes de la entrada en vigor de la reforma (Consulta 6/1955, de 23 de febrero, de la Fiscalía del Tribunal Supremo y Circular 2/1996).

IV. PROCEDIMIENTO APLICABLE

IV.1. Hechos pendientes de enjuiciamiento

En este apartado hemos de referirnos a todos aquellos procedimientos en los que habiéndose cometido los hechos con anterioridad al 1 de octubre de año 2004, se encuentran pendientes de calificación o pendientes de enjuiciamiento.

Es en estos supuestos cuando la comparación de legislaciones ofrece unos márgenes más amplios. Dicha valoración debe efectuarse en concreto, haciendo un examen *ad casum* y analizando la pena que se considera procedente en la legislación derogada, contrastándola con la que se impondría con arreglo a la nueva normativa.

En principio los hechos anteriores a la vigencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, deben juzgarse de acuerdo con las disposiciones vigentes en la fecha en que se cometieron, salvo que la nueva norma resulte ser más favorable. Para llegar a tal conclusión los Sres. Fiscales deben tener en cuenta no solo la pena que puede imponerse sino también las restantes circunstancias que pueden influir en la ejecución. En estos supuestos de transitoriedad por pendencia de enjuiciamiento la comparación entre legislaciones habrá de hacerse teniendo en cuenta las penas concretas que se imponen o impondrían, ponderando las potencialidades del arbitrio judicial.

Para determinar la norma más favorable en supuestos en los que aún no se ha dictado sentencia habrá de partirse en el proceso de comparación de las dos legislaciones en primer lugar del tipo básico aplicable al autor. Si la previsión de pena es idéntica habrá de analizarse la pena prevista para el grado de ejecución, la intensidad de la participación y la concurrencia o no de circunstancias modificativas o excluyentes de la responsabilidad criminal, así como la existencia o inexistencia de tipos privilegiados que posibiliten la imposición de penas inferiores. Si ambas legislaciones

establecen una pena idéntica en los dos supuestos y unas análogas posibilidades de reducción se podrá considerar más favorable aquella legislación que posibilite una ejecución más benigna en relación con las normas sobre suspensión, sustitución o libertad condicional.

Las nuevas disposiciones podrán aplicarse retroactivamente cuando con arreglo al Código reformado se solicite en concreto una pena que no podría imponerse de acuerdo con el Código en su redacción anterior, por ser el mínimo de éste más grave o cuando la nueva regulación resulte más beneficiosa valorando los criterios de ejecución de la pena.

Si el procedimiento se encuentra en fase anterior a la presentación del escrito de acusación y el hecho ilícito investigado merece tras la reforma la calificación de falta, deberá ponerse inmediatamente de manifiesto al órgano judicial dicha circunstancia, solicitando la transformación del proceso en el correspondiente juicio de faltas.

Los Sres. Fiscales al presentar el escrito de acusación, harán constar expresamente en la conclusión segunda la legislación que se aplica, solicitando en la conclusión quinta la pena correspondiente en aplicación de dichos preceptos.

Si resultare dudosa la determinación de la pena más favorable los Sres. Fiscales emitirán el escrito de calificación provisional especificando alternativamente la petición de pena conforme a la norma derogada y a la vigente, pues no ha de olvidarse que se hace un ejercicio teórico sobre qué pena se impondrá con cada texto.

Los Sres. Fiscales formularán, pues, conclusiones alternativas cuando la decisión sobre la norma más favorable no se presente con nitidez y esté subordinada al uso que finalmente se haga del arbitrio judicial. En efecto, debe tenerse en cuenta que no existiendo un concreto punto de referencia al no haberse impuesto aún pena alguna para hacer el contraste entre las dos legislaciones, en muchos de los casos la opción por uno u otro Código Penal dependerá en definitiva del arbitrio judicial a la hora de individualizar definitivamente la pena.

En los procedimientos ya calificados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, la adaptación en su caso a la nueva legalidad habrá de hacerse bien con carácter previo, al inicio de las sesiones, bien en el trámite de elevación a definitivas de las conclusiones provisionales, modificando, si procede, la pena solicitada en función de dicho extremo.

Aunque como reseñaba la Circular 2/1996, no parece exigible una generalizada revisión de calificaciones en momentos previos, habilitando un trámite no existente procesalmente, tampoco se aprecia obstáculo a que así se haga cuando las circunstancias concurrentes puedan aconsejarlo.

En cuanto a los supuestos examinados *supra* en los que la línea divisoria entre delito y falta pasa de 300,51 a 400 euros, cuando la causa verse sobre hechos cuantificados entre estos dos límites, procederá promover la conversión del procedimiento en juicio de faltas y, en su caso, la remisión al Juzgado de Instrucción.

En causas seguidas exclusivamente por hechos despenalizados en que ya se haya evacuado el trámite de calificación, nada impide –es más, será lo deseable, por razones de economía procesal y para evitar molestias innecesarias a los testigos– solicitar el sobreseimiento libre retirando la acusación sin necesidad de esperar al acto del juicio oral, sin perjuicio de solicitar la oportuna comunicación al órgano administrativo competente si los hechos pudieran merecer sanción administrativa (*vid.* Circular 2/1983 y Circular 2/1996).

Habrà igualmente de mantenerse el criterio de la Circular 2/1996 en el sentido de que el juzgador, siempre que respete el principio de aplicación de la ley más favorable en concreto y los términos fácticos de la acusación, puede aplicar de oficio un texto penal distinto del invocado por el Fiscal en su calificación, sin que ello suponga vio-

lación del principio acusatorio y sin que sea exigible el planteamiento de la tesis regulada en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

IV.2. Hechos sentenciados pendientes de recurso

La Disposición transitoria quinta establece que *en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de vacatio, las siguientes reglas:*

- a) *Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva Ley, cuando resulten más favorables al reo.*
- b) *Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva Ley.*
- c) *Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho.*

Esta Disposición Transitoria es idéntica a la DT novena del CP de 1995.

Por tanto, si el recurso pendiente es de apelación, si se interpuso antes del día 1 de octubre, necesariamente deberá darse audiencia al Fiscal y a la defensa. Esta audiencia deberá realizarse en el trámite de la vista. En el supuesto de que el recurso se resolviese sin vista, deberá abrirse antes de la resolución del mismo un traslado para alegaciones de las partes a tales efectos.

En relación con el recurso de casación, debe tenerse presente que la doctrina del TS restringió a los supuestos de *absoluta claridad y sencillez la aplicación retroactiva directa por el Tribunal Supremo –en primera y última instancia– del Nuevo Código Penal, estimando en los demás supuestos como más ajustada a Derecho la desestimación del recurso conforme al Código Penal derogado, permitiendo que sea la Audiencia la que, cumpliendo las previsiones legales señaladas en las disposiciones transitorias 2.ª, 3.ª y 4.ª del Nuevo Código Penal, revise en sus justos términos la sentencia que ahora se mantiene, oyendo a las partes sobre la nueva calificación y pena que procediese y con eventual control casacional.* (SSTS 708/1997, de 20 de mayo, 92/97, de 21 de enero, 97/97, de 28 de enero, 140/97, de 7 de febrero, 406/97, de 26 de marzo o 548/97, de 16 de abril),

IV.3. Revisión de Sentencias pendientes de ejecución

La Disposición Transitoria segunda en su párrafo 2.º establece que los jueces o tribunales *procederán a revisar las sentencias firmes.*

Parece pues que la reforma residencia en los Jueces y Tribunales la iniciativa para abrir el incidente de revisión. Los Sres. Fiscales despacharán las causas cuando el Juez de lo Penal o las Secciones de las Audiencias Provinciales les den traslado de las mismas para la emisión del preceptivo informe, correspondiendo la decisión al Juez o Tribunal, que la adoptará por medio de auto.

Pero en todo caso, debe partirse de que la revisión puede iniciarse no solo de oficio sino también a instancia del penado o del Ministerio Fiscal.

A estos efectos, no puede perderse de vista que el Fiscal tiene asignada constitucionalmente la función de custodio de la legalidad. Por ello los Sres. Fiscales en ningún caso podrán ampararse en la Disposición Transitoria transcrita para adoptar una postura pasiva o inhibirse de su obligación de promover la necesaria adaptación de las penas al nuevo marco del Código. Por ello, en los casos en los que detecte causas que siendo revisables no se haya iniciado el procedimiento, solicitarán su activación al Juzgado o Tribunal sentenciador. Como establecía la Circular 1/1996, habrán de adoptar los señores Fiscales las medidas que en cada caso se estimen oportunas para, en relación con los diferentes órganos jurisdiccionales, proceder a detectar aquellas ejecutorias precisadas de revisión.

La competencia para el conocimiento del incidente de revisión ha de entenderse residenciada en el Juez o Tribunal que dictó la sentencia en la primera instancia, aunque luego la misma fuese revocada o casada, a salvo la facultad reconocida al Consejo General del Poder Judicial para asignar esa función a algunos Jueces o Tribunales específicos.

Las Disposiciones Transitorias de la LO 15/2003 no regulan los recursos que caben contra la resolución por la que se decide el incidente de revisión. Tampoco encontramos previsión alguna en las Disposiciones Transitorias del CP de 1995. Siguiendo los criterios de la Circular 1/96 y del Auto del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1984, esta resolución será susceptible de los mismos recursos que hubieran cabido contra la sentencia. Por tanto, procederá el recurso de apelación si la resolución fue dictada por el Juzgado de Instrucción o por el Juzgado de lo Penal; procederá recurso de casación si la resolución fue dictada por la Audiencia Provincial; cabrá finalmente apelación y casación si la resolución proviene de Tribunal de Jurado.

Pese al silencio de las disposiciones transitorias de la LO 15/2003, como ya ocurrió con sus homónimas del CP de 1995 en relación con los acusadores particulares, habrán los Sres. Fiscales de admitir la legitimación de éstos para impugnar la resolución revisora.

IV.4. La audiencia al acusado o al reo

La audiencia al reo se recogía en la disposición transitoria cuarta del CP de 1995 para las revisiones de sentencia *una vez haya informado el Fiscal, procederán también a oír al reo, notificándole los términos de la revisión propuesta, así como a dar traslado al Letrado que asumió su defensa en el juicio oral, para que exponga lo que estime más favorable para el reo*. En la Disposición transitoria segunda se regulaba la audiencia para los supuestos no de revisión, sino de aplicación directa de las nuevas disposiciones *en todo caso, será oído el reo*.

Esta regulación por separado se interpretó en el sentido de dar un tratamiento diferenciado a una y otra audiencia.

En la LO 15/2003 solamente hay una referencia a la audiencia en la Disposición transitoria primera, en su apartado 3.º que dispone que *en todo caso, será oído el reo*. Esta audiencia imperativa, por razones sistemáticas ha de entenderse aplicable a los supuestos de hechos pendientes de enjuiciamiento.

Por ello habrá de entenderse vigente el criterio que estableció la Circular 1/1996 en relación con las revisiones de sentencias: *la audiencia al reo es preceptiva siempre que efectivamente se proceda a la revisión de la sentencia. Y no es necesaria, aunque nada la impide si así lo acuerda el órgano judicial, en los casos en que no se revisa la sentencia por considerarse más beneficiosa la legislación anterior... No procede dar audiencia al reo en los casos en que el Ministerio Fiscal dictamine en el sentido de*

que no procede la revisión... Si el órgano jurisdiccional estuviere conforme con tal criterio, podrá dictar directamente un auto declarando la improcedencia de la revisión, sin previa audiencia del reo... Que no es obligado dar traslado al reo y a su Letrado en los casos en que el Fiscal informa negativamente la revisión y el órgano judicial comparte ese criterio se desprende de la disposición transitoria cuarta: «Una vez haya informado el Fiscal, procederán (los Jueces y Tribunales) también a oír al reo, notificándole los términos de la revisión propuesta, así como a dar traslado al Letrado que asumió su defensa en el juicio oral, para que exponga lo que estime más favorable para el reo». Se trata pues de oírles respecto de la proposición de revisión apuntada por el Fiscal, a fin de despejar cualquier duda acerca de lo que a juicio del reo deba entenderse como más favorable... Todo lo dicho ha de entenderse sin perjuicio de que contra el auto que declare la no revisabilidad de la condena en ejecución, auto que habrá de ser notificado al reo, pueda interponer por medio de su Letrado los pertinentes recursos... Será obligada la audiencia en caso de que el Fiscal dictamine en el sentido de que es procedente la revisión, proponiendo los términos de la misma, o cuando el órgano judicial estime que puede ser procedente la revisión, pese al dictamen negativo del Fiscal. En esos supuestos deberá acordarse el traslado al reo (así se desprende de la ya transcrita disposición transitoria cuarta).

Es importante que en este trámite de audiencia el imputado sea informado de todos los efectos y consecuencias que en relación con la pena y su cumplimiento le puede deparar la aplicación de una u otra norma. Los Sres. Fiscales habrán de procurar que esta información sea comprensible y suficiente para garantizar que el cumplimiento de este requisito de audiencia permita al sujeto pasivo del procedimiento emitir una opinión informada.

En los incidentes de revisión de sentencia esta información al penado podrá cumplimentarse a través del propio informe del Fiscal, en el que deberá motivar su opinión e interesar que se proporcione copia del mismo al reo cuando haya de ser oído.

Cuando el trámite de audiencia haya de articularse en el trámite del juicio oral, los Sres. Fiscales no se opondrán a la concesión de un receso en el acto de la vista para que el acusado pueda evacuar consultas con su Letrado, cuando se haya informado en ese momento sobre la Ley más favorable.

El valor de la audiencia resplandece con intensidad si se conviene en que la valoración de qué es más favorable tiene sin duda un importante componente de subjetividad. El criterio del reo no es vinculante para el tribunal, pero sí estimable cuando atendidos los parámetros ordinarios de la ejecución la solución no es diáfana (vid. STS 1458/1996, de 17 de septiembre).

Cuando proceda la audiencia en incidentes de revisión de sentencia el traslado al Letrado que actuó como Defensor en juicio será igualmente un traslado para la emisión de dictamen escrito.

Habrán también de tener presente los Sres. Fiscales que cuando se trate de pena privativa de libertad el auto de revisión habrá de ser puesto en conocimiento del Centro Penitenciario.

CIRCULAR 2/2004, SOBRE APLICACIÓN DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA POR LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE (PRIMERA PARTE)

I. INTRODUCCIÓN

La reforma llevada a cabo en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, pese a que como confiesa su Exposición de Motivos respeta la estructura y principios, la unidad y el sistema del Código Penal de 1995, representa un profundo cambio en nuestra legislación penal. Junto a la adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, encontramos los cambios más importantes en el régimen de penas y su aplicación.

Este cambio exige el establecimiento de unos criterios de interpretación uniformes en el ámbito de las actuaciones del Ministerio Fiscal, para alcanzar en la medida de lo posible el principio de unidad de actuación, fundamental para respetar el principio de seguridad jurídica en el proceso penal.

Por otra parte, la necesidad de no precipitar la fijación de tales criterios, exige no abordar en un primer momento la reforma en su totalidad, centrando este primer pronunciamiento de la Fiscalía General del Estado en determinados aspectos de la parte general.

Para el resto de cuestiones a tratar la prudencia aconseja, antes de abordar la tarea de impartir a los señores Fiscales instrucciones, esperar a que la *praxis* señale cuáles sean los puntos conflictivos con riesgo de generar interpretaciones y soluciones contradictorias o con tratamiento punitivo dispar.

A tales efectos, es conveniente que los Sres. Fiscales Jefes comuniquen a la Fiscalía General del Estado los problemas que vayan detectando en la aplicación de las reformas operadas en los distintos tipos penales, para facilitar la labor de unificación de criterios de actuación.

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el nuevo Código Penal, ha sido modificada desde su aprobación en dieciocho ocasiones. A menos de ocho años de su entrada en vigor se ve sometido de nuevo a una profunda modificación. El nuevo Código, pese a la permanente evolución del Derecho Penal, perseguía conceptualmente la estabilidad y fijeza que sería deseable en las normas penales. Tales propósitos puede decirse que han quedado definitivamente frustrados en su todavía corta vida. Las dificultades que estos continuos cambios generan en el intérprete, y especialmente en el Ministerio Fiscal, como institución vertebrada en torno al principio de unidad de actuación son graves y evidentes. El principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que exige la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación de los Poderes Públicos en la aplicación del Derecho; el principio de legalidad penal (arts. 9.3 y 25.1 CE) y el de certeza, derivado de aquel, que supone la exigencia de que la Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, no se cohonestan bien con la modificación continua y permanente del Código Penal.

En todo caso, y pese a las dificultades, ha de tratar de revitalizarse el principio constitucional de la unidad de actuación de la acusación pública, evitando la existencia de criterios, calificaciones y peticiones de pena contradictorias entre los distintos Fiscales y las distintas Fiscalías.

En consecuencia, las Señoras y Señores Fiscales, deberán en lo sucesivo –y en tanto no se consoliden criterios jurisprudenciales opuestos– atenerse, en la aplicación de los preceptos reformados en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, a los criterios que se contienen en la presente Circular.

II. MODIFICACIONES EN EL SISTEMA DE PENAS

El régimen de penas y su aplicación, sufre modificaciones que afectan especialmente a las penas privativas de libertad, que se ven sometidas a un cambio de rumbo respecto de parte de las opciones por las que se decantó el legislador de 1995.

La reforma 15/2003 suprime la pena de arresto de fines de semana, y correlativamente, para llenar el hueco dejado por ésta, incorpora la pena de prisión de corta duración y la pena de localización permanente y potencia la pena de trabajo en beneficio de la comunidad y la pena de multa.

El artículo 33 CP, dedicado a la escala general de penas sufre una importante modificación, para adaptarse al nuevo sistema penológico. El deslinde entre la pena grave, la menos grave y la pena leve produce el efecto de incidir en la naturaleza del hecho punible, toda vez que el Código Penal divide las infracciones acudiendo al antiguo criterio de la gravedad de las penas con las que se conminan, determinando también la competencia procesal penal. Tras la reforma se establece la diferencia entre delito grave y menos grave según el hecho esté amenazado con pena que rebase o no los cinco años de prisión, consiguiéndose la armonización del Código penal con las reglas de competencia establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales. Se modifican igualmente los límites de las penas privativas de derechos a efectos de su clasificación como penas graves o menos graves.

La duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses. La finalidad perseguida por la reforma es, según expresa la Exposición de Motivos de la Ley, que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia y estructurar de forma más adecuada la relación existente entre faltas y delitos y la escala de penalidad aplicable a ambos.

Este mínimo de la duración de la pena de prisión implica que cuando como consecuencia de las reducciones en grado la pena de prisión resultante sea inferior a tres meses, procederá obligatoriamente su sustitución, conforme a lo dispuesto en los artículos 71.2 y 88 CP.

Deben también tenerse presentes los supuestos en los que concurriendo conformidad y aplicándose la reducción en un tercio de la pena solicitada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 801.2 LECrim se rebaje la pena por debajo de los tres meses. En estos casos el precepto referido permite la rebaja *«aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal»*. Para estos supuestos el propio artículo 801.2 dispone que *«si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución»*. Aunque esta reducción por conformidad no es técnicamente subsumible en el artículo 71.2 CP procederá su aplicación analógica y, consecuentemente, la sustitución obligatoria de la pena resultante conforme a las disposiciones del artículo 88 CP. Una interpretación teleológica del artículo 71.2 CP impone esta consecuencia, al inspirarse el Código en el principio general de supresión de la ejecución de penas privativas de libertad inferiores a tres meses.

Existirán sin embargo, supuestos de penas privativas de libertad inferiores a tres meses (al margen de la localización permanente). Así, cuando habiéndose sustituido la pena privativa de libertad conforme a lo dispuesto en los artículos 71.2 y 88 CP el reo incumpliere la pena impuesta en sustitución. También se dará este supuesto cuando se impusiere responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa de menos de tres meses si el reo no acepta realizar trabajos en beneficio de la comunidad conforme a lo dispuesto en el artículo 53.2 *in fine*.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

El artículo 31 CP –como el anterior art. 15 bis incorporado al CP de 1973 por la reforma 8/1983– se dedica a regular la compensación de la ausencia de características típicas de la autoría en los supuestos de «actuaciones en lugar de otros».

El tenor literal de este precepto, que se mantiene como apartado 1.º tras la reforma, es el siguiente:

«El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.»

La reforma 15/2003 añade un párrafo 2.º El nuevo apartado dispone que:

«En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.»

Desde el punto de vista del ámbito de aplicación de esta nueva disposición ha de partirse de que la nueva cláusula solo afecta a una parte de las actuaciones en nombre de otro: aquellas que se realizan en nombre de una persona jurídica. Quedan por tanto excluidas las actuaciones en nombre de otra persona física, también abarcadas por el apartado primero del art. 31.

Además, en tanto el art. 31 solo juega para los delitos especiales propios, esta extensión de la responsabilidad pecuniaria no será aplicable a todos los delitos cometidos a través de personas jurídicas sino sólo cuando haya sido necesario aplicar la cláusula del apartado primero para resolver los problemas de tipicidad derivados de este tipo de delitos. Por tanto solo operará en relación con los delitos especiales.

Debe tenerse presente que el artículo 369.2 CP es mucho más audaz que el artículo 31.2. Aquel precepto, para los casos de delitos de tráfico de drogas cometidos por organizaciones, asociaciones o en establecimientos abiertos al público establece una pena de multa directa para esas entidades o para su titular, que puede ser una persona jurídica. Por tanto, no se limita el mismo a hacer responsable a la sociedad del pago de la multa impuesta a la persona física, sino que, dando un paso más la impone directamente a aquella. También debe recordarse en este punto la posibilidad de utilizar frente a la delincuencia en el seno de personas jurídicas las medidas previstas en el artículo 129 CP si bien las mismas solamente son de aplicación cuando un precepto de la parte especial lo admita expresamente (*vid.* STS 1345/2001). La LO 15/2003 supone un aumento de la operatividad de estas medidas en los delitos de manipulación genética (art. 162); maquinaciones para alterar el precio de las cosas (art. 262.2); falsificación de moneda (art. 386, párrafo último) y corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2).

La Exposición de Motivos de la Ley expresamente refiere que el nuevo apartado del artículo 31 *aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria.*

Ha de entenderse que, al restringirse el ámbito de aplicación a los delitos especiales propios, basta como fundamento de la imputación que la acción delictiva se ejecute por el administrador dentro de la órbita de actuación de la persona jurídica.

En todo caso debe partirse de que el Derecho y el proceso penal no pueden conformarse con imputar la actividad a la persona jurídica, sino que ha de averiguarse qué personas físicas concretas han llevado a cabo la actividad delictiva. En puridad, y a

diferencia del Derecho Administrativo Sancionador, en el Derecho Penal sólo la persona física es capaz de conjugar el verbo típico y merecer el reproche sancionador.

En definitiva, el art. 31 no puede obviar la necesidad de dirigir el proceso y, en su caso condenar a las concretas personas físicas que dentro de la persona jurídica hayan cometido el delito, actuando con dolo o en su caso con culpa (art. 12).

Ya la STS 2492/1993, de 10 de noviembre, subrayaba que «no puede llegarse a una aplicación del artículo 15 bis que suponga el renacimiento de una responsabilidad objetiva contraria al principio de culpabilidad enseñoreado en el artículo 1 del CP, incompatible, en suma, con un modelo de derecho penal sujeto a los principios que imperan en un estado social y democrático de derecho. El artículo 15 bis extiende la responsabilidad penal proveniente de la comisión de un delito especial propio a los sujetos no cualificados, siempre que hayan obrado en representación de una persona jurídica que poseyera dicha cualificación. El directivo u órgano de la persona jurídica se ve obligado a responder del delito especial propio, respecto del cual la cualificación personal se halla del lado de la entidad a quien representa. Pero semejante transposición o desplazamiento de la responsabilidad no opera mecánicamente, sino sobre la base de que la acción del no cualificado sea adecuada en sí misma para infringir la norma, de cuya violación se parte para la configuración del tipo delictual especial propio». Las SSTC 150/1989 y 253/1993 inciden en este aspecto: no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos.

Por tanto, deberán los Sres. Fiscales evitar que ante los problemas probatorios que pueden surgir en la investigación de delitos cometidos en el seno de personas jurídicas, se aplique la cláusula del artículo 31 CP prescindiendo del necesario respeto al principio de culpabilidad, utilizando parámetros objetivos o atribuyendo automáticamente responsabilidad penal al representante legal y a la sociedad con el riesgo de volver a supuestos de responsabilidad objetiva o de responsabilidad penal por hecho ajeno.

El nuevo precepto se decanta decididamente por una responsabilidad de la persona jurídica principal y solidaria. Pese a ello, deberán en todo caso los Sres. Fiscales procurar evitar los efectos negativos de una aplicación mecánica que llevara a ejecutar directamente la multa sobre el patrimonio de la persona jurídica prescindiendo del autor material de los hechos pues en ocasiones ello puede implicar dejar sin sanción penal al verdadero autor, ya que la traslación de la sanción penal a la persona jurídica no es en definitiva sino una ficción. Difuminar la sanción económica sobre una pluralidad de personas (que puedan no tener la mas mínima relación con los hechos, sobre todo en supuestos de grandes sociedades) como socios, accionistas o integrantes de la persona jurídica puede en ocasiones no ser una consecuencia equitativa.

En todo caso, el pago de la multa extingue la pena, por lo que aunque la persona física no pague y sí lo haga la jurídica no habrá lugar a exigir responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. La necesidad de cohonestar el artículo 53.1 CP con la responsabilidad pecuniaria, directa y solidaria del artículo 31.2 CP, pese a que son cuña de distinta madera, lleva necesariamente a la solución apuntada.

Deben abordarse las consecuencias procesales de esta atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. En primer lugar será necesario traer al proceso a las personas jurídicas como parte pasiva a fin de que puedan ejercitar todos sus derechos de defensa. A la hora de concretar su *status* procesal habrá de partirse de esa idea general de parte pasiva, cercana al imputado, aunque su propia naturaleza y fundamentalmente el hecho de que no se le atribuya en sentido técnico la comisión de un delito impide un traslado en bloque de los preceptos a éste aplicables.

Desde el punto de vista procesal, la asimilación de la persona jurídica responsable *ex* artículo 31.2 CP al imputado implicará la necesidad de reconocerle el derecho a la tutela judicial efectiva, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa

y a no sufrir indefensión. En definitiva habrá de reconocérsele el derecho al proceso debido. Deberá garantizarse la participación de la persona jurídica en el proceso, habrá de incluirse a la misma en el acta de acusación del Fiscal y en el auto de apertura de juicio oral y habrá de admitirse su personación por medio de abogado y procurador ya en la fase de instrucción, reconociéndole igualmente la posibilidad de recurrir la sentencia en cuanto a las responsabilidades que en la misma se le atribuyan. Cabrá igualmente exigirle a la persona jurídica fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele en sentencia.

Cabe plantearse el efecto de la previsión de esta nueva disposición en relación con las responsabilidades administrativas de la persona jurídica. En principio, por lo que interesa desde la perspectiva del proceso penal, si la persona jurídica acredita haber pagado la sanción administrativa, concurriendo la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento (*vid.* STC 2/81, de 30 de enero), habrá de operarse con los parámetros establecidos por la STC 2/2003, de 16 de enero, a la hora de exigirle responsabilidad conforme al artículo 31.2 CP (abono de la sanción administrativa a la pena impuesta por el órgano jurisdiccional).

En cuanto a los módulos de fijación de la multa, ha de partirse de que a quien se impone la multa es a la persona física, por lo que a la hora de fijar el importe de las cuotas, habrá de tenerse en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo-persona física, conforme al artículo 50 CP. La multa, como expresamente refiere el artículo 31.2 se impone a la persona física y se exige directa y solidariamente a la persona jurídica.

IV. LA NUEVA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

IV.1. Concepto, naturaleza y ámbito de aplicación

El art. 37, antes dedicado al arresto de fin de semana aborda la regulación de la nueva pena de localización permanente en los siguientes términos:

«1. *La localización permanente tendrá una duración de hasta 12 días. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia.*

2. *Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada.*

3. *Si el condenado incumpliera la pena, el juez o tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468».*

La localización permanente hunde sus raíces en el antiguo arresto domiciliario. En el Código Penal de 1973 el arresto domiciliario era una modalidad de ejecución del arresto menor que el Juez o Tribunal podía acordar discrecionalmente. En la reforma 15/2003 pasa a ser conforme al art. 35 una pena privativa de libertad autónoma, leve [art. 33.4 g) CP] y generalmente alternativa, normalmente respecto de la pena de multa, y en dos ocasiones respecto de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad (arts. 620, último párrafo, y 626). Como pena principal y conjunta con la multa se prevé para la falta de perturbación leve de actos públicos (art. 633 CP).

Se restringe, pues, su aplicación a las faltas. Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica al concebirse como pena privativa de libertad, se vertebra sobre una obligación impuesta al penado de permanecer en un determinado lugar sin poder abandonarlo. Pese a su equívoca nomenclatura, esta pena no puede articularse como un control continuado mediante medios tecnológicos que permita simultáneamente al penado la libertad de desplazamiento espacial. Por ello, más clarificador hubiera sido

denominarla «arresto en sitio o lugar determinado», pues la «localización permanente» parece aludir a la necesidad de estar localizados o localizables sin privación efectiva de libertad ambulatoria.

El legislador ha sido parco a la hora de configurar esta pena, dejando abiertas numerosas cuestiones sobre su ejecución. Las pautas que seguidamente se imparten estarán lógicamente subordinadas a su acomodo a un eventual futuro desarrollo normativo que pudiera afectar a la localización permanente.

IV.2. Lugar de cumplimiento

El artículo 37 especifica al respecto que la localización permanente *obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia*.

Debe, pues, interpretarse esa difusa cláusula de *lugar determinado fijado por el juez en sentencia*. Se puede plantear si cabe que el Juez acuerde que la pena se cumpla en un Centro Penitenciario o en un depósito municipal. Los Sres. Fiscales rechazarán tal opción, pues la misma desnaturalizaría la pena de localización permanente cuya esencia radica en que la privación de libertad corta se ejecuta en el propio domicilio o lugar análogo, evitando los inconvenientes del ingreso penitenciario y dando todo tipo de facilidades al reo para que la ejecución no afecte a su vida familiar y laboral (en este sentido se admite incluso la ejecución fraccionada o discontinua).

La propia Exposición de Motivos de la LO 15/2003 avala esta interpretación al referir que con esta nueva pena *se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios*

Por la misma razón debiera excluirse el cumplimiento en depósito municipal de detenidos.

En este mismo sentido se pronunció el Informe del CGPJ, de 26 de marzo de 2003, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica que expresamente señalaba que *«la diferencia sustancial con el arresto de fin de semana que se suprime es que no se produce el ingreso del penado en el establecimiento penitenciario o depósito municipal de detenidos para el cumplimiento del arresto, sino en su propio domicilio o en lugar adecuado para ello determinado por el Juez. Con ello se evitan los efectos nocivos de una pena corta de prisión que determine la reclusión del interno en un centro penitenciario»*.

Cuando el art. 37 deja abierta al Juez la posibilidad de cumplimiento de esta pena en lugar determinado distinto del domicilio habrá de entenderse que podría tener lugar por causa justificada, fijándolo en la resolución condenatoria o con posterioridad en la ejecutoria. Este lugar deberá ser en todo caso cerrado y de características análogas al domicilio, y debe disponer de unos mínimos de habitabilidad e higiene.

Debe en este punto recordarse que el artículo 620 *in fine* prevé un supuesto de cumplimiento en domicilio distinto para las faltas de amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2. En este caso la pena será de trabajos en beneficio de la comunidad o de localización permanente de cuatro a ocho días, *siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima*. Será el penado quien habrá de comunicar al Juez la dirección de un domicilio de cumplimiento que satisfaga las dos exigencias legales: diferente al de la víctima y alejado de éste.

La exigencia del propio precepto de que ese otro lugar sea determinado en sentencia añade un *plus* de complejidad, pues será frecuente que los obstáculos a la

determinación del lugar de cumplimiento surjan *ex post* durante la ejecución de la sentencia.

No obstante habrá de entenderse que no existe ningún obstáculo para asumir una interpretación flexible de forma que si tras la firmeza de la sentencia sobrevienen circunstancias que hacen que el domicilio del penado no pueda ser el lugar de cumplimiento de la pena, pueda determinarse éste en ejecución de sentencia. No han de asumirse acriticamente interpretaciones formalistas y rigurosas que no aportan ningún beneficio y por el contrario encorsetan más de lo razonable la ejecución de una pena pensada para, privando de libertad, perturbar lo mínimo imprescindible la vida del penado. Al no existir prohibición expresa, habrá de admitirse pues la determinación del lugar de ejecución tras la sentencia.

Si a la vista de las circunstancias concretas concurrentes pudiera sospecharse que el denunciado en el juicio de faltas respecto del que cabría interesar la condena a pena de localización permanente pudiera no disponer de domicilio (por ejemplo, personas dedicadas a la mendicidad o personas con régimen de vida trashumante) los Sres. Fiscales habrán de tratar de esclarecer este punto en fase de interrogatorios durante el juicio. En caso de confirmarse la carencia de un domicilio o lugar análogo apto para ejecutar la pena eventualmente imponible, optarán en su caso por solicitar la pena alternativa prevista por el correspondiente tipo.

IV.3. Modalidades de cumplimiento

Esta pena ha sido configurada con un carácter flexible y versátil, buscando permitir una respuesta individualizada a la personalidad y circunstancias del infractor para el ámbito de las infracciones penales leves. Esta flexibilidad debe orientar las dudas interpretativas que puedan ir surgiendo.

La adaptación a las circunstancias concurrentes puede tener lugar mediante el cumplimiento durante sábados y domingos o de forma no continuada. Podrá acordarse la ejecución discontinua irregular de forma que la misma se adapte a los días de descanso del penado y por tanto evitando perturbar su actividad laboral. La previsión del cumplimiento discontinuo permitirá aplicar los efectos beneficiosos que se predicaban del arresto de fin de semana.

En todo caso el cumplimiento de la pena obliga al reo a permanecer confinado en un domicilio predeterminado. Aunque se utilicen medios electrónicos de localización permanente como pauta general no debe permitirse al penado la posibilidad de trasladarse físicamente del domicilio.

Además, el cumplimiento discontinuo ha de encontrar como límite el necesario respeto al día, unidad temporal que se toma como referencia para delimitar la extensión temporal de la pena, e integrado sin solución de continuidad por 24 horas, no debiendo permitirse el fraccionamiento de esta unidad mínima de cumplimiento.

La ejecución de la pena no podrá restringir las posibilidades del penado de disponer libremente de su tiempo, comunicarse con otras personas o recibir visitas.

IV. 4. Control de cumplimiento

La Exposición de Motivos de la Ley dice al respecto que *la pena de localización permanente es una importante novedad... que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología.*

Esta aseveración no tiene, sin embargo, ningún reflejo en el articulado. El artículo 48.4 del Código Penal sí que contiene una previsión relativa a la posible utilización de medios de control electrónico para la ejecución de las medidas de alejamiento, pero además de su parco contenido, refiriéndose este precepto a la ejecución de penas privativas de derechos, no cabría su aplicación analógica, en principio, a una pena privativa de libertad.

El art. 37 no se ocupa de establecer las formas de control de su cumplimiento. En todo caso, la declaración de la Exposición de Motivos no puede llevarnos al error de considerar consustancial al concepto de esta nueva pena el utilizar sistemas de control electrónico para su ejecución. Esta utilización es meramente adjetiva, radicando la sustantividad de la pena en la privación de libertad a cumplir domiciliariamente.

Nada cabe oponer, sin embargo, aun sin ulterior desarrollo legislativo, a la utilización de estos medios tecnológicos para controlar la permanencia del reo en su domicilio contando con su consentimiento.

Parece evidente que, igualmente sin necesidad de desarrollo normativo, podrá utilizarse el tradicional medio de control por medio de la personación sin aviso previo en los días determinados para el cumplimiento, en el domicilio designado, de miembros de la policía judicial, comprobando si el penado se encuentra en el mismo.

Al amparo del art. 508 LECrim, regulador de la medida cautelar de prisión atenuada, en redacción dada por la disposición final 1.1 g) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que prevé genéricamente que se acordará «con la vigilancia que resulte necesaria» puede el Juez oficiar a la Policía Judicial bien para que establezca una vigilancia permanente, bien para que efectúen rondas periódicas con la frecuencia que impongan o aconsejen las concretas circunstancias concurrentes o para adoptar otras prevenciones.

Esta misma posibilidad ha de reconocerse pues al órgano jurisdiccional que ejecuta la medida de localización permanente.

La primera garantía de cumplimiento será la necesaria notificación personal al penado de la liquidación de la condena, especificando con claridad los días concretos de cumplimiento y el lugar, haciendo constar todos los datos individualizadores, con el consiguiente apercebimiento de incurrir en delito de quebrantamiento de condena si no cumple íntegramente la pena. Esa liquidación habrá de trasladarse junto con el correspondiente oficio a la Policía Judicial, o, en su caso a los funcionarios de la Policía Municipal, en labores de Policía Judicial a fin de que se personen en el domicilio designado los días de cumplimiento para asegurarse de la presencia del penado en el mismo.

Cada día concreto señalado en la liquidación habrá de cumplirse desde las cero horas del primer día de la condena hasta las veinticuatro horas.

IV.5. Quebrantamiento

Se plantea el problema de cuáles deben ser las consecuencias jurídicas de un incumplimiento de la localización permanente, en concreto, si además de la deducción de testimonio debe procederse a practicar nueva liquidación y continuar la ejecución de la localización permanente quebrantada.

El artículo 37.3 nada dice al respecto, a diferencia de la regulación del arresto de fines de semana que preveía, además de deducir testimonio por quebrantamiento de condena, la posibilidad de ordenar el cumplimiento ininterrumpido del arresto.

Los Sres. Fiscales mantendrán el criterio de interesar, además de la correspondiente deducción de testimonio, la práctica de nueva liquidación de condena y la reanudación de la ejecución de la pena de localización permanente quebrantada.

A diferencia del antecedente de los arrestos de fines de semana cuya regulación en el artículo 37.3 CP establecía que si el condenado incurría en dos ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia deducía testimonio por el quebrantamiento de condena, el testimonio por quebrantamiento podrá expedirse ante cualquier incumplimiento del deber de permanencia, no siendo necesario que las ausencias se detecten en más de un día. Ello no obstante, para evaluar globalmente la entidad de los incumplimientos y si concurren o no indicios de quebrantamiento será conveniente analizar conjuntamente el informe de la Policía en el que se especifique el total de los incumplimientos detectados.

IV.6. Acumulación con la pena de prisión

Cuando se imponga la localización permanente a penados que ya cumplen o van a cumplir penas privativas de libertad en Centros Penitenciarios pueden generarse disfunciones derivadas de la necesidad de iniciar el cumplimiento de la localización permanente después de extinguidas las penas de prisión. La opción de la refundición de condenas incluyendo la pena de localización permanente puede ser más beneficiosa para el reo en determinadas circunstancias, pese a carecer de cobertura legal expresa. No obstante, la valoración de los efectos de una eventual refundición no puede hacerse en abstracto, dependiendo de las circunstancias de cada caso e incluso de la propia valoración del interno.

Por ello los Sres. Fiscales dictaminarán en cada caso concreto promoviendo la audiencia del penado a fin de que se pronuncie al respecto, no oponiéndose a la refundición cuando la misma pueda generar efectos beneficiosos a la situación penitenciaria del ejecutoriado.

V. LOS RENOVADOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

V.1. Líneas generales de la reforma

La reforma da una nueva redacción al artículo 49, que pasa a tener el siguiente tenor:

Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1.^a *La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.*

2.^a *No atentará a la dignidad del penado.*

3.ª *El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.*

4.ª *Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.*

5.ª *No se supeditarán al logro de intereses económicos.*

6.ª *Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:*

a) *Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.*

b) *A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.*

c) *Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referida al desarrollo de la misma.*

d) *Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.*

Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena.

En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.

7.ª *Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto.*

La desaparición de la pena de arresto de fin de semana ha dejado un hueco en el sistema que en buena medida viene a ocupar esta pena. La potenciación y mayor operatividad de los trabajos en beneficio de la comunidad es una apuesta en favor de los fines de reeducación y reinserción social. La reforma profundiza en la esencia rehabilitadora de esta pena, al prever que la actividad que realice el penado esté en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por él, en labores de reparación de los daños causados o en labores de apoyo o asistencia a las víctimas. Se trata, como ya determinó el legislador en materia de reforma de menores, de relacionar la naturaleza de la actividad en que consistan los trabajos en beneficio de la comunidad con la de los bienes jurídicos afectados por los hechos cometidos.

Las labores de apoyo o asistencia a las víctimas deben en todo caso interpretarse como a las víctimas de otros delitos de naturaleza semejante. Debe excluirse la interpretación del precepto en el sentido de orientarlo hacia una específica reparación del daño causado a la concreta víctima. Teleológicamente está el precepto orientado al interés social y no al interés propio de la víctima de la infracción, como por lo demás se infiere de la propia función que se asigna a los trabajos: «en beneficio de la comunidad». Se incorpora a nuestro ordenamiento la orientación de los trabajos en beneficio de la comunidad hacia programas de confrontación del delincuente con el daño ocasionado.

La nueva regulación amplía el ámbito de aplicación de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, que supera su anterior función de pena sustitutiva (arts. 53 y 88) para configurarse como pena principal para determinados delitos, ampliación funcional ya adelantada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, que

incorporó la pena de trabajo en beneficio de la comunidad como pena principal (alternativa) en el artículo 153. Con la LO 15/2003 esta tendencia se incrementa tanto en el Libro II como en el Libro III.

La nueva configuración de los trabajos en beneficio de la comunidad como pena principal alternativa y la necesidad de contar con el consentimiento del penado para su imposición plantea la exigencia de obtener tal consentimiento antes del dictado de la sentencia.

La inexistencia de una previsión procesal *ad hoc* habrá de ser subsanada a través de una actividad prospectiva tendente a averiguar la disposición del acusado y eventualmente penado.

En los supuestos de conformidad, si la misma recae sobre una pena de trabajos en beneficio de la comunidad, habrá de hacerse constar simultáneamente en acta el consentimiento del penado en relación con la ejecución de los mismos.

En otro caso, cuando los Sres. Fiscales consideren procedente solicitar pena principal de trabajos en beneficio de la comunidad, antes de elevar las conclusiones a definitivas o antes de interesar sentencia condenatoria en el juicio de faltas, habrán de solicitar del Juez o Presidente del Tribunal que interroge al acusado o denunciado sobre si en caso de una eventual sentencia condenatoria presta el consentimiento para la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad, permitiendo al mismo consultar con su abogado defensor. De no obtenerse tal consentimiento previo, los Sres. Fiscales habrán de optar por solicitar la imposición de la pena alternativa a los trabajos en beneficio de la comunidad prevista en el correspondiente tipo penal por el que se ejerce la pretensión punitiva.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria pasa a asumir las funciones de control de la ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad. La asunción de estas funciones por parte del Juez de Vigilancia se enmarca dentro de una tendencia general a la ampliación de sus competencias, que tiene reflejo en la reforma 15/2003 en la asunción de atribuciones en relación con la aprobación de abonos de medidas cautelares sufridas en otras causas (art. 58 CP) y con la decisión en relación con la suspensión de la ejecución de la pena por trastorno mental grave y con la eventual decisión de imposición de medida de seguridad (art. 60 CP). Habrán de ser los Fiscales adscritos al correspondiente Juzgado de Vigilancia Penitenciaria quienes asuman el despacho de estos asuntos, sin perjuicio de mantener las comunicaciones precisas con los Fiscales encargados de la tramitación de la ejecutoria afectada, cuando unos y otros pertenezcan a distintas Fiscalías.

El principio de legalidad se ve reforzado en el nuevo art. 49, pues aborda ahora una mas amplia regulación de la medida, prescindiendo de la remisión a un ulterior desarrollo reglamentario: así se regulan las causas de incumplimiento de la pena y los efectos de la inactividad laboral por causa justificada, reproduciendo en buena medida las previsiones del Reglamento de ejecución.

V.2. Contenido y extensión

La funcionalidad de esta pena está subordinada al requisito esencial de contar con el consentimiento del penado, que además se ha de manifestar tanto ante el órgano de enjuiciamiento penal dando su consentimiento a la imposición de la pena como ante la Administración Penitenciaria, dando su conformidad a un trabajo determinado que se le oferta. Ello implica la limitación de aplicarla bien como sustitutiva de otra pena bien como originaria pero alternativa a otra pena. No cabe pues aplicarla

como única respuesta penal para un delito o falta, límite que queda debidamente respetado tras la reforma 15/2003.

Desde el punto de vista de la extensión de la pena, habrá en principio de admitirse que los trabajos en beneficio de la comunidad superen el límite genérico de 180 días previsto en el artículo 33.3.k) CP, pudiendo alcanzar el de un año previsto en el artículo 40.4. También podrán superar el límite de 180 días cuando los trabajos en beneficio de la comunidad se apliquen como pena sustitutiva, pues con carácter excepcional está prevista la sustitución de penas de hasta dos años de prisión siendo el módulo de conversión una jornada de trabajo por cada día de privación de libertad (art. 88.1 CP). A estos efectos ha de tenerse presente que el artículo 40.5 CP parece admitir incluso la imposición por duración superior al año, al establecer en relación a la duración de las penas privativas de derechos que será *la prevista en los apartados anteriores, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código*. No obstante, cuando se sustituyan penas de prisión de hasta dos años, la previsión del artículo 88 de sustituir bien por multa, bien por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, deja claro que no deben imponerse un número de jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad que por su extensión pudiera ser considerado desocializador, por lo que en tales casos será conveniente utilizar la multa para cubrir todo lo que exceda de un año de trabajos en beneficio de la comunidad, límite establecido por el artículo 40.4 CP.

V.3. Desarrollo reglamentario

Pese a que el nuevo artículo 49 no contiene una cláusula habilitadora similar al texto original que establecía que *las demás circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Penitenciaria*, en tanto no exista un desarrollo normativo ulterior, habrá de entenderse en vigor la regulación contenida en el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, en lo que no se ponga expresamente a la nueva configuración legal de la pena.

Conforme al Real Decreto 690/1996 corresponderá al Juez o Tribunal sentenciador determinar las jornadas de trabajo impuestas al penado, la duración horaria de las mismas y el plazo máximo en que deberán cumplirse. El control de la ejecución por parte del Juez de Vigilancia no debe ser obstáculo a que sea el Tribunal sentenciador quien directamente remita los testimonios a la Administración Penitenciaria para que se inicien los trámites previos a la efectiva ejecución.

Habrá de entenderse por los Sres. Fiscales que la competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en esta materia debe comenzar cronológicamente solo cuando se inicia efectivamente la ejecución de la pena. Todas las incidencias procesales y penales que surjan con anterioridad a ese momento corresponde resolverlas al juez o tribunal sentenciador.

Los Sres. Fiscales habrán igualmente de partir de la vigencia del artículo 2.2 del Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, que permite que *«excepcionalmente en caso de inexistencia de convenio o insuficiencia de plazas, el penado podrá proponer un trabajo concreto, aún cuando no esté convenido con la Administración Penitenciaria»*. Se trata –pese a las críticas que este precepto ha generado– de utilizar esta válvula de escape para evitar hurtar posibilidades de sustitución o de selección de penas alternativas por la penuria de las disponibilidades administrativas y por la carencia estructural de plazas en muchas provincias.

En cuanto a la duración horaria de las jornadas, en tanto no se produzca un nuevo desarrollo normativo del artículo 49 CP, habrá de interpretarse que podrán oscilar

entre el máximo de ocho horas por jornada y el mínimo de cuatro horas diarias establecido por el RD 690/1996, debiendo admitirse igualmente la posibilidad reglamentaria de flexibilizar los límites de la jornada mínima diaria por lo que cuando concurra causa justificada, podrá autorizarse por el Juez o Tribunal el cumplimiento de la misma de forma partida, en el mismo o diferentes días y en períodos mínimos de dos horas.

V.4. Los trabajos en beneficio de la comunidad como sustitutivos

Los trabajos en beneficio de la comunidad asumen la función de los arrestos de fin de semana como sustitutivos de la pena corta de prisión.

El artículo 88.1, párrafo 1.º, permite la sustitución de penas privativas de libertad que no excedan de un año y el artículo 88.1, párrafo 2.º, permite la sustitución excepcional de las penas de prisión que no excedan de dos años; el artículo 71.2 por su parte impone la sustitución cuando la pena sea inferior a tres meses de privación de libertad.

La operatividad sustitutiva de los trabajos en beneficio de la comunidad se incrementa aún más para los delitos de violencia doméstica del artículo 173.2 CP, que solo admiten la sustitución de la pena de prisión por esta pena privativa de derechos, acompañada además imperativamente de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y la prohibición de acudir a determinados lugares y de aproximarse a la víctima. La finalidad que persigue la reforma y que habrá de ser especialmente tenida en cuenta por los Sres. Fiscales, es –aparte de la de evitar que las penas de prisión impuestas por estos delitos sean sustituidas por pena de multa con el consiguiente gravamen para la economía familiar con posibles efectos negativos para la propia víctima– imponer al reo programas de rehabilitación específicamente orientados a la lucha contra el maltrato familiar y la protección de la víctima.

Para estos supuestos de sustitución de penas privativas de libertad impuesta por delito de malos tratos habituales (art. 173.2 CP), el artículo 88.1, párrafo 3.º, dice literalmente que *el juez o tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código.*

Las obligaciones o deberes del artículo 83.1 1.ª y 2.ª consisten en la prohibición de acudir a determinados lugares y la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos. La prohibición de acudir a determinados lugares ha de imponerse necesariamente (83.1.1.ª). La prohibición de aproximarse a la víctima y asimilados se prevé de forma alternativa a la prohibición de comunicarse (83.1.2.ª), por lo que si las concretas circunstancias del caso lo aconsejan, podrá prescindirse de la imposición de una o de otra.

V.5. Control de la ejecución

Además del desplazamiento competencial del control de la ejecución a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, se han modificado la naturaleza de los informes que han de emitirse sobre el desempeño de los trabajos, que de facultativos pasan a ser imperativos. El artículo 49.1.ª dispone que el Juzgado de Vigilancia *requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.* Por tanto, hay una doble

obligación: la del Juzgado de requerir los informes y la de la entidad en la que se prestan los servicios de elaborarlos y remitirlos.

El Ministerio Fiscal, que conforme al artículo 3.9 del Estatuto Orgánico tiene la función de *velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social* habrá de constituirse en celoso vigía del cumplimiento de estas obligaciones que en definitiva redundan en la seriedad de la ejecución de la pena con las correspondientes irradiaciones beneficiosas desde el punto de vista de la prevención general y especial y de la rehabilitación del penado.

V.6. Quebrantamiento de los trabajos en beneficio de la comunidad

La exigencia del consentimiento para la imposición de esta pena facilita una ejecución pacífica de la misma. Este presupuesto ha de condicionar también la respuesta a los casos –siempre inevitables– de incumplimientos.

El artículo 8 del RD 690/1996 vinculaba la comunicación a la autoridad judicial del incumplimiento de los trabajos únicamente a los efectos, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 88.3 (actual 88.2) CP, es decir, para entender incumplida en todo o en parte la pena sustitutiva con el consiguiente retorno a la ejecución de la pena sustituida, esto es, la prisión.

Como actualmente la pena de trabajos en beneficio de la comunidad no se limita a desempeñar el papel de pena sustitutiva de la prisión ni de la responsabilidad personal subsidiaria por pago de la multa, sino que puede tener el carácter de originaria, la nueva regulación jurídica del incumplimiento del CP ha optado por no aludir expresamente al artículo 88.2 y en cambio hacerlo al artículo 468 CP.

En efecto, en caso de incumplimiento el párrafo 6.º del artículo 49.6.ª dispone que *una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena, añadiéndose en párrafo separado que en caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.*

Esta regulación debe matizarse: no procederá la deducción de testimonio por quebrantamiento si los trabajos son pena sustitutiva de la prisión, pues en este caso el artículo 88.2 prevé para el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustituida la ejecución de la pena de prisión inicialmente impuesta.

Tampoco procederá deducir testimonio cuando los trabajos en beneficio de la comunidad se hubieran impuesto como sustitutivos de la privación de libertad impuesta en concepto de responsabilidad personal subsidiaria por pago de multa. En este supuesto y por analogía con el anterior, la consecuencia del incumplimiento debe ser la de retorno a la pena principal con la consiguiente privación de libertad en concepto de responsabilidad personal subsidiaria.

En todos los supuestos de retorno a la ejecución de la pena sustituida por incumplimiento de la sustitutiva habrá de entenderse que procederá descontar en su caso el equivalente en días de prisión a las jornadas efectivamente cumplimentadas, extremos éstos que habrán de hacerse constar en la correspondiente liquidación, por analogía en beneficio del reo en relación con lo dispuesto en el artículo 88.2 en relación con las cuotas de la multa parcialmente satisfecha.

Será en los supuestos de trabajos en beneficio de la comunidad como pena originaria en los que procederá deducir testimonio como respuesta al incumplimiento. Cabe plantearse si en estos casos procederá intentar además el cumplimiento de las jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad no ejecutadas. La interpretación

que habrán de postular los Sres. Fiscales es la de que en estos supuestos la respuesta del ordenamiento debe agotarse con la incoación de nueva causa por quebrantamiento. Lo esencial del consentimiento del penado en la imposición y ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad excluyen cualquier otra interpretación. Por lo demás esta solución deriva del propio texto del artículo 49, que refiere que el Juez de Vigilancia una vez analizado el informe de la entidad en la que se prestan los servicios podrá optar por *acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena* y que en caso de incumplimiento *se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468*. Por tanto el legislador ordena al Juez optar –alternativa y no cumulativamente– bien por reanudar el cumplimiento (si llega a la conclusión de que no hay propiamente quebrantamiento) o por deducir testimonio (si llega a la conclusión de que hay indicios de delito).

Los importantes efectos que se anudan a la resolución del Juez de Vigilancia por la que decide si entiende que hay incumplimiento y por tanto acuerda el retorno a la pena sustituida o la deducción de testimonio por quebrantamiento con la consiguiente terminación de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad impuesta como principal, hace que deba exigirse la forma de auto, con una motivación suficiente, debiendo los Sres. Fiscales en su caso interponer los correspondientes recursos cuando entiendan que no hay propiamente incumplimiento y que debe reanudarse la ejecución de la medida.

A la hora de interpretar la operatividad que debe concederse a las *incidencias relevantes de la ejecución de la pena* previstas en la regla 6.ª del artículo 49 y que obligan a los servicios sociales penitenciarios a comunicarlas al Juez de Vigilancia Penitenciaria ha de partirse de que no son reglas que constriñan la valoración que compete hacer al Juez de Vigilancia, por lo que no puede hacerse ningún reparo de legalidad a los términos amplios e indeterminados de alguna de ellas (singularmente la contenida en la letra d que se refiere a los supuestos en los que *por cualquier otra razón no contemplada en las restantes reglas, la conducta del penado fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro*). En definitiva no puede mantenerse que este precepto esté regulando en realidad los presupuestos del hecho punible del quebrantamiento de condena sino que simplemente incorpora supuestos en los que es obligado analizar si efectivamente nos encontramos ante un quebrantamiento.

V.7. Las faltas de asistencia justificadas

La regla 7.ª del artículo 49 otorga rango legal a una disposición contenida con anterioridad en el reglamento: *si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto*.

Para determinar si las faltas son o no justificadas podrá utilizarse como parámetro indicativo, con flexibilidad, nuestra legislación laboral y la doctrina emanada de la jurisdicción social sobre este punto en relación con los trabajadores por cuenta ajena.

VI. LAS PENAS DE PRIVACIÓN DEL DERECHO A RESIDIR, A APROXIMARSE Y A COMUNICARSE CON LA VÍCTIMA: ARTÍCULOS 48 Y 57

El artículo 48 CP regula el contenido de estas penas. Dicho precepto, que ya fue modificado por Ley Orgánica 14/1999, de 9 junio, lo vuelve a ser ahora, abordando por separado tres modalidades (la prohibición de residir y acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximación a la víctima u otras personas y la prohibición de comunicación con la víctima u otras personas), con el fin como refiere la Exposición de Motivos *de que se pueda imponer la que corresponda a la verdadera naturaleza del delito*.

Estas penas de alejamiento presentan la peculiaridad de ser penas previstas exclusivamente como accesorias, teniendo carácter generalmente facultativo para el órgano de enjuiciamiento salvo en delitos relativos a malos tratos familiares en los que es preceptiva la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima o a personas asimiladas. Se le ha denominado pena accesoria impropia pues no la llevan aparejada otras penas sino algunos delitos, y además su duración no depende de la pena principal.

La reforma incrementa el límite máximo de duración de estas penas que pasa de cinco a diez años, pudiendo llegarse a los veinte años cuando se imponga como pena superior en grado (art. 70.3.6.ª, 7.ª y 8.ª).

La nueva regulación da tratamiento específico al problema del cumplimiento simultáneo de esta pena accesoria con las penas privativas de libertad. El artículo 57.1 párrafo 2.º dispone a estos efectos que *si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea*. Por tanto, la pena accesoria se cumplirá simultáneamente con la de prisión, impidiendo al penado acercarse a la víctima durante permisos penitenciarios, tercer grado o libertad condicional pero además habrá de incrementarse en cuanto a su duración para que tras la libertad definitiva y consiguiente extinción de la pena principal de prisión continúe siendo efectivo el alejamiento.

Por tanto, los Sres. Fiscales habrán de pedir en los supuestos del art. 57 una pena accesoria de alejamiento con una duración de al menos un año superior a la pena de prisión impuesta.

La privación del derecho a residir en determinados lugares presenta un cierto grado de indeterminación en cuanto a su extensión geográfica. Los lugares que quedan vedados para el penado son el lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia. Los Sres. Fiscales, ponderando las circunstancias concurrentes y en especial las de peligrosidad del reo concretarán la petición especificando si el lugar afectado es el domicilio, la calle, el distrito, la localidad, la provincia o incluso la Comunidad Autónoma. En apoyo de esta interpretación, utilizando un criterio sistemático, debe tenerse presente que el artículo 544 bis LECrim permite imponer una medida análoga, en función cautelar consistente en *la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma*.

En cuanto a la prohibición de aproximación debe tenerse en cuenta que tiene dos contenidos: la prohibición al reo de acercarse a determinadas personas donde quiera que se encuentren, y la prohibición de acercarse al domicilio de esas personas, sus

lugares de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ellas, aunque las mismas no se encuentren en dichos lugares.

La prohibición de aproximarse a lugares «frecuentados» habrá de determinarse con la mayor precisión posible para evitar situaciones ambiguas y, en definitiva, penas indeterminadas.

La novedad verdaderamente relevante en la prohibición de aproximación se encuentra en la extensión que implica la previsión (art. 48.2) de que hasta el total cumplimiento de la pena de prohibición de aproximación quedará en suspenso, exclusivamente respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, hubiere sido establecido en la sentencia civil.

Pese a la defectuosa redacción del precepto, ha de optarse por una interpretación del mismo acorde con la necesaria individualización de la pena a las circunstancias del autor y el hecho y respetuosa con el principio del superior interés del menor. Debe tenerse presente que la Exposición de Motivos de la Ley en este punto declara que se establece también *la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos* concibiéndose por tanto claramente este contenido de la pena como potestativo.

La suspensión del régimen de visitas procederá, por tanto, cuando la pena de prohibición de aproximación se hubiera acordado respecto de los hijos atendiendo a las circunstancias del caso.

En realidad la inclusión del inciso comentado no tiene ninguna utilidad práctica, teniendo en cuenta que la prohibición de aproximación puede imponerse no solo con relación a la víctima sino también, conforme al artículo. 48.2 CP en relación con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. Por tanto, si por las circunstancias del caso puede colegirse riesgo no solo para la pareja (víctima) del agresor sino también para los hijos podrá acordarse que la prohibición de aproximación afecte también a éstos. Parece evidente que sin necesidad de aclarar nada los efectos de la prohibición de aproximación son incompatibles con el derecho de los padres afectados por la pena a relacionarse con los hijos, exista o no una sentencia civil que establezca un régimen de visitas.

La decisión sobre la prohibición de aproximación respecto de hijos menores —cuando no sean víctimas directas del delito y siempre que su capacidad de discernimiento lo permita— habrá de respetar el derecho reconocido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo. 9 de la LO 1/96, de 15 de enero, esto es, el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento judicial que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

A estos efectos habrán de cuidarse especialmente las comparecencias de los menores, articulándolas de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de los mismos, y preservando su intimidad, como preceptúa el artículo 9.1, párrafo 2.º LO 1/1996, con el fin de evitar fenómenos de victimización secundaria, y teniendo presente que cuando la audiencia *no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.*

Es claro que la opinión del menor no habrá de tener carácter vinculante a la hora de adoptar la correspondiente decisión, si bien habrá de ser tenida en cuenta en aras a concretar el interés superior del mismo.

Por lo demás no debe olvidarse que el tipo del artículo 153 CP permite imponer una solución mucho más radical cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz: la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potes-

tad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. En las mismas condiciones, el tipo del artículo 173 permite imponer esta pena por tiempo de uno a cinco años.

Estas peculiares penas accesorias tienen tres manifestaciones: como pena de imposición facultativa, como pena de imposición obligatoria y como pena imponible para faltas.

Como pena de imposición facultativa se prevé en el artículo 57 CP para los delitos que el precepto enumera (homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico), en la que podrá acordarse *atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente*, pudiendo imponerse una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48.

Habrán de partir los Sres. Fiscales de que, a diferencia de otras accesorias legalmente preceptivas, por su naturaleza de penas accesorias especiales o impropias, estas prohibiciones facultativas habrán de ser solicitadas por las acusaciones para que el órgano de enjuiciamiento pueda imponerlas. Interpretando esta disposición sistemáticamente en relación con la medida cautelar imponible conforme al artículo 544 bis LECrim, deben ser parámetros a tener en cuenta para su imposición la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la pena como tras su finalización.

Como penas de imposición obligatoria se prevé en el apartado 2.º del artículo 57 para los mismos delitos anteriores cuando se hubieran cometido contra *quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados*.

La amplitud del círculo de sujetos pasivos afectados se acomoda a la nueva redacción del artículo 173.2.º, modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Debe pues tenerse en cuenta que conforme al artículo 57.2 CP será obligatorio promover y acordar siempre la prohibición de aproximación del artículo 48.2 CP respecto de los delitos relacionados con la violencia doméstica. Por tanto los Sres. Fiscales deberán solicitar siempre el alejamiento en tales supuestos, con independencia de la voluntad de la víctima.

Este punto debe sin duda ser objeto de una matización. A la vista de la amplitud de los tipos abarcados en los artículos 153 y 173.2 CP, ha de recordarse que los mismos abarcan supuestos leves de violencia aislada o episódica, por lo que teniendo en cuenta tanto la obligatoriedad de solicitar e imponer la pena de prohibición de aproximación con independencia de la voluntad de la víctima como la constatada existencia de supuestos de reconciliación sobrevenida y deseo de reanudar la convivencia (o incluso supuestos de voluntad de continuar una convivencia en ningún momento interrumpida), en tales casos, debidamente ponderadas las circunstancias concurrentes, los Sres. Fiscales podrán informar favorablemente o promover de oficio peticio-

nes de indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, solicitando simultáneamente la suspensión de la ejecución de la misma conforme al artículo 4.4 CP con el fin de evitar la a todas luces anómala situación que podría derivarse de una separación forzosa imperativa y contraria a la voluntad de los aparentes beneficiarios de la medida de protección.

En estos supuestos ha de imponerse la pena de prohibición de aproximación, no alcanzando la obligatoria imposición a las otras prohibiciones que, no obstante, podrán imponerse cumulativamente conforme al apartado primero del mismo precepto.

Como pena imponible facultativamente en caso de faltas por un período de tiempo que no excederá de seis meses, se mantiene esta posibilidad por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620.

Por último debe tenerse presente que el apartado 4.º del artículo 48 también introducido con carácter novedoso por la reforma 15/2003 establece que *el juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan*. Por tanto, se da expresa cobertura legal a la posibilidad de utilizar la monitorización electrónica.

VII. OTRAS NOVEDADES EN LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS: ARTÍCULOS. 39, 40, 42 Y 46

VII.1. Inhabilitación especial

Las penas de inhabilitación especial pasan a tener una duración de tres meses a 20 años, con lo que se reduce el límite inferior, antes situado en seis meses.

El art. 42, dedicado a regular el contenido de una de sus modalidades, la inhabilitación para empleo o cargo público, especifica con carácter novedoso respecto de la anterior redacción que produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, *aunque sea electivo*.

Además, se establece en párrafo separado, con evidente intención de realzarla, la necesidad de que habrán de especificarse en la sentencia los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

Debe a estos efectos tenerse presente que en la inhabilitación especial se priva de un cargo o cargos determinados, en coherencia con el carácter especial de esta inhabilitación, a diferencia de la inhabilitación absoluta, en la que se priva de todo cargo público.

Ha de recordarse que la inhabilitación especial, al igual que la absoluta y que la suspensión, operando como penas principales se someten a las reglas generales en cuanto a la determinación de la pena superior o inferior en grado, como estableció la STS 1623/1999, de 19 de noviembre.

VII.2. Suspensión de empleo o cargo público

Esta pena, que tenía una duración de seis meses a seis años ve reducido su límite inferior a tres meses, manteniendo el superior de seis años. Es pena grave por tiempo superior a cinco años [art. 33.2.d)] y pena menos grave hasta cinco años [art. 33.3.c)].

Mantiene esta pena sus funciones como principal en casos concretos y como posible pena accesoria de las penas de prisión inferiores a diez años.

VII.3. Inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento

El artículo 46, regulador de esta inhabilitación también se ve afectado por la reforma. Se añade un inciso que aclara que *el juez o tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.*

Con la redacción original del CP un sector de la doctrina defendió la tesis de que la pena se refería exclusivamente a los menores víctimas del delito. Ésta era la postura de la STS 568/2001, de 6 de julio, que declaró que *la pena de inhabilitación se refería exclusivamente al menor o incapacitado objeto del agravio y no a cualquier otro.*

La nueva redacción supera esta interpretación y permite extender sus efectos a los demás menores que estén a cargo del penado, a todos o solo a algunos, en atención a las circunstancias del caso.

Lo decisivo será si existen elementos que lleven a un convencimiento racional de que respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa el condenado no está en condiciones de desempeñar correctamente los facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del superior interés del menor.

La extensión de la inhabilitación especial será especialmente procedente cuando la índole del delito y la ausencia de arrepentimiento puedan poner de manifiesto un riesgo de reiteración de la conducta delictiva respecto de los demás menores distintos de la víctima (ejemplo paradigmático puede ser el delito de mutilación genital, previsto en el art. 149 del Código Penal).

Los Sres. Fiscales habrán de motivar la petición de extensión de la inhabilitación y del mismo modo habrán de exigir que las decisiones que se adopten por el Juez o Tribunal estén también debidamente motivadas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

La extensión facultativa de la pena podrá afectar no solo a varios hijos menores sino a otros menores sometidos a la tutela, curatela, guarda o acogimiento del penado, toda vez que el nuevo texto se refiere genéricamente a menores que estén a cargo del penado.

No obstante, los mayores de edad con la patria potestad prorrogada que no sean las víctimas del delito no quedan abarcados por el nuevo texto introducido por la reforma, por lo que la proscripción de la analogía contra reo y el respeto al principio de legalidad obligarán a acudir a la legislación civil para obtener la privación de la patria potestad en estos supuestos.

Desde el punto de vista de la duración de la pena se fija un máximo y mínimo en el artículo 40 que va entre tres meses y veinte años, considerándose según el artículo 33 como pena grave si tiene una duración superior a cinco años.

Esta inhabilitación opera siempre como pena principal, nunca como accesoria y se impone siempre con el carácter de conjunta, nunca como pena única. Su carácter temporal no obsta al efecto extintivo que despliega sobre la tutela, curatela, guarda y acogimiento.

Para que esta pena pueda imponerse debe estar expresamente prevista en el tipo penal del Código aplicable y así la STS 780/2000, de 11 de septiembre, mantuvo que *la privación de la patria potestad sobre su hijo, impuesta a un condenado por un*

delito de homicidio cometido contra la madre carece por tanto de fundamento legal en el Código Penal y que tampoco cabe en este caso acordar la privación de la patria potestad mediante la directa aplicación por el Tribunal penal de las normas de Derecho de familia, que dentro del ámbito del Derecho Privado, disciplinan aquella institución, y cuya aplicación compete a la jurisdicción civil, por los órganos integrados en ella a través de los procedimientos civiles correspondientes.

La improcedencia de acordar en tal caso la privación de la patria potestad por el Tribunal penal fue aprobada por Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de lo Penal del TS de 26 de mayo de 2000.

En estos supuestos los Sres. Fiscales habrán de promover en vía civil las medidas en cada caso procedentes para salvaguardar el superior interés del menor.

Al listado de delitos que llevan o pueden llevar aparejada esta inhabilitación especial se añaden tras la LO 11/2003, de 29 de septiembre, el delito de lesiones, malos tratos de obra y amenazas con armas cometidos en el ámbito doméstico (art. 153 CP) y el delito de violencia doméstica con habitualidad (art. 173.2 CP).

La decisión sobre la imposición de esta pena, tanto cuando afecte a menores víctimas directas de los delitos como cuando se extienda a menores que no lo sean, habrá de respetar el derecho de éstos a ser oídos, pues salvo supuestos excepcionales –*vid.* delitos previstos en los artículos 221 y 440 CP en los que la imposición de la pena tiene carácter preceptivo–, en los demás casos la pena tiene un carácter facultativo. Deben, por lo demás, darse aquí por reproducidas las consideraciones adicionales que se realizaron respecto de la audiencia de los menores en el apartado VI de la presente Circular.

Si una vez transcurrido el cumplimiento de la pena persisten circunstancias que aconsejan mantener la suspensión o privación de la patria potestad, o de los demás derechos mencionados en el artículo 46 del Código Penal los Sres. Fiscales habrán de promover, en su caso, las actuaciones necesarias en vía civil para asegurar la prevalencia del interés superior del menor.

Debe por último tenerse presente que la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no afecta a los deberes del penado para con sus hijos.

VII.4. Privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores

Aun cuando en relación con esta pena la parte general no se ha visto modificada, la reforma 15/2003 da solución a un viejo problema tras el retoque sufrido por el artículo 379 CP: el condenado no podrá conducir vehículos a motor ni ciclomotores cuando se le imponga dicha pena, pues la misma abarca ambas modalidades conjuntamente y sin que sea dable seleccionar una u otra. Por tanto se sanciona legalmente la conclusión alcanzada por la Consulta 4/1998, de 14 de julio, *sobre el alcance de la pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores en el artículo 379 del Código Penal*, que estableció que *la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores que impone el artículo 379 del Código Penal comprende ambos derechos: El derecho a conducir vehículos a motor y el derecho a conducir ciclomotores ya se haya cometido el delito con un vehículo a motor o con un ciclomotor.*

VIII. LA PENA DE MULTA

VIII.1. El sistema de días-multa

La fórmula de los días-multa sigue inspirándose en la necesidad de tender hacia un tratamiento igualitario de los destinatarios de la pena, acomodándose a las concretas posibilidades económicas de los mismos.

El apartado 3 del artículo 50 establece como periodo mínimo de la multa el de diez días en lugar de los cinco anteriores, en coherencia con la modificación del apartado 4 del artículo 33. La multa de más de dos meses es considerada pena menos grave. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de cuatrocientos euros. El importe de la cuota diaria se ve incrementado al convertir las pesetas a euros; así se pasa de 200 a 50.000 pesetas de la regulación anterior a de 2 a 400 euros actuales (arts. 50.3 y 50.4).

El límite máximo se mantiene en dos años, pero puede ser sobrepasado en los supuestos previstos en el artículo 70.3.9.^a (la pena superior en grado podrá tener una duración máxima de 30 meses) y cuando la multa se imponga como sustitutiva de una pena de prisión, pues pudiendo llegar a sustituir a una pena de prisión de hasta dos años y teniendo en cuenta el módulo de conversión (art. 88.1) el límite máximo de la pena de multa podrá alcanzar cuatro años.

VIII.2. La determinación de la cuantía de las cuotas: análisis jurisprudencial

El sistema del Código Penal, siguiendo el modelo escandinavo de los días multa separa con nitidez los dos momentos de determinación de la multa a través de dos actos independientes que tratan de traducir en primer lugar la determinación de la extensión temporal (art. 50.5 CP), esto es, la determinación del número de cuotas siguiendo las reglas generales de determinación de la pena. En efecto, la extensión de la pena se debe individualizar según las reglas del Capítulo II del Título, es decir según, básicamente, las reglas del artículo 66 CP. Aquí entran en consideración todos los elementos del hecho punible que son adecuados para establecer la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor, es decir el hecho de la individualización de la pena. Como refería la Consulta de la Fiscalía General del Estado 16/1997, de 16 de diciembre, *han de aplicarse, pues, las reglas de determinación de la pena en función de los grados de ejecución del delito, de las formas de participación y de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.*

En segundo lugar, a través de la fijación de la cuantía de la cuota se evalúa la capacidad económica del penado con la finalidad de reducir el impacto desigual de la multa por las distintas capacidades económicas de las personas (STC 108/2001, de 23 abril). En consecuencia, el carácter más igualitario de este nuevo sistema radica en que, con arreglo al mismo, dos hechos de la misma gravedad pueden ser castigados con idéntica extensión o duración de la pena de multa, pero diferenciándose cada cuota a pagar según la situación económica del condenado.

Conforme al art. 50.5 para determinar la cuota debe tenerse en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

En la práctica surgen dificultades derivadas de que para aplicar rectamente el sistema es necesario una investigación de la situación patrimonial del penado, que realizada correctamente genera complejidad y consiguientemente retrasos en el proceso.

Es indudable que debe perfeccionarse el procedimiento de acopio de información sobre los ingresos y patrimonio de los imputados y penados, pero en todo caso no

puede aceptarse que la *praxis* derive hacia la determinación de la pena de multa sin respetar la Ley.

Esta materia ha ido generando al respecto un *corpus* jurisprudencial que habrá de ser guía de la actuación de los Sres. Fiscales y que podría resumirse en los siguientes puntos:

1) La ausencia de motivación en la fijación del importe de las cuotas correspondientes a la pena de días-multa incumple el deber reforzado de motivación de las Sentencias penales condenatorias, por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta aquí, a través de la responsabilidad personal subsidiaria, con el derecho a la libertad personal (STC 108/2001, de 23 de abril).

2) Los Tribunales no tienen que 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 deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse» (STS núm. 175/2001, de 12 de febrero; STS 1377/2001, de 11 de julio, STS 1729/2001 de 15 de octubre).

3) La insuficiencia de 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.) 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 (SSTS 1377/2001, de 11 de julio; 1207/1998, de 7 de abril de 1999).

4) El reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo, como sucede en el caso actual con la cuota diaria de 1.000 ptas. (STS 1377/2001, de 11 de julio)

5) 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 si 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. (STS 1377/2001, de 11 de julio. En el mismo sentido SSTS 1207/1998, de 7 de abril; 1959/2001, de 26 de octubre, y 252/2000, de 24 de febrero).

6) Es admisible utilizar como argumento para fijar la cuantía de la cuota el dato del argumento del potencial económico del penado que puede deducirse de haberse costado letrado particular que le defiende en el proceso penal. (SSTS 1342/2001, de 29 de junio; 996/2003, de 7 de julio; 559/2002, de 27 de marzo).

VIII.3. La fijación de plazos para el pago de la multa

La reforma clarifica el sistema de plazos para el pago de la multa. La redacción original del apartado 6.º del artículo 50 conforme a la que «*el Tribunal determinará en la sentencia el tiempo y forma del pago de las cuotas*» indujo en ocasiones a la confusión de interpretar que era de aplicación un sistema de multa temporal. Tras la reforma 15/2003 queda clara la opción del legislador por el sistema escandinavo de pago de una sola vez. En efecto, el nuevo apartado 6.º del artículo 50 dispone ahora que «*el Tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes*».

Por tanto, la nueva regulación no asume ni el denominado sistema puro de multa temporal ni el sistema alternativo que acogió la Consulta de la Fiscalía General del Estado 16/1997, de 16 de diciembre, *sobre la ejecución de la pena de días-multa*.

Efectivamente, el nuevo apartado 6.º establece como regla general la del pago de una sola vez sin perjuicio de la posibilidad debidamente justificada de aplazamientos.

La posibilidad de pago aplazado se ve sometida a límites al introducirse un periodo máximo de dos años desde la firmeza de la sentencia y al preverse el vencimiento de todos los plazos que resten en el supuesto de impago de dos de ellos.

En todo caso los Sres. Fiscales no se opondrán a la utilización razonable de esta facultad y a la fijación por tanto de un aplazamiento del pago siempre que concurra causa justificada, a los efectos de evitar la responsabilidad personal subsidiaria ante supuestos de dificultades económicas temporales, insolvencia total o parcial o situaciones provisionales de iliquidez o crisis. Debe a estos efectos recordarse que la STC 19/1988, de 16 febrero, al analizar la constitucionalidad del anterior arresto sustitutorio dictó una sentencia interpretativa, en la que si bien declaró el artículo 91 CP 1973 constitucional, lo hizo en tanto el mismo introducía *paliativos o suavizaciones*, (subordinación de la multa a plazos, posibilidad de suspensión de condena, límites temporales del arresto sustitutorio) y postulando una interpretación de la institución conforme al principio de favor de la libertad individual y de la menor restricción de ella. Por tanto, estos principios deben guiar la actuación en este campo del Ministerio Fiscal.

Por esta misma razón la prescripción (art. 50.6 *in fine*) de que el impago de dos plazos genera el vencimiento de todos (en definitiva, la pérdida del beneficio del pago aplazado), habrá de armonizarse con el principio general de adaptación a los cambios en la situación económica del penado recogido en el artículo 51 del Código Penal.

VIII.4. Modificación de plazos y de cuantía de cuotas

La redacción original del artículo 51 disponía que *si, después de la sentencia, el penado empeorare su fortuna, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de la capacidad económica de aquél, podrá reducir el importe de las cuotas*.

Tras la reforma, conforme a la nueva redacción *si, después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago*.

Por tanto, la multa se configura como sometida a una cláusula *rebus sic stantibus*, pudiendo modificarse no solo el importe de las cuotas sino también los plazos para su pago. Se permite por tanto una verdadera revisión de la sentencia firme con el fin de adaptar las cuantías a la situación económica del reo.

En estos supuestos excepcionales de empeoramiento de fortuna, la *res iudicata* relativa a la fijación de la multa se convierte en *res iudicanda*, a resolver en la ejecutoria a modo de incidente, en el que necesariamente habrá de oírse al penado y a su representación técnica y al Ministerio Fiscal.

Aunque el artículo 51 introduce aparentemente la posibilidad de dar trascendencia a las modificaciones al alza o a la baja en la situación económica del penado, los Sres. Fiscales no promoverán en sede de ejecución de sentencia el incremento de la cuantía de la cuota por mejora de fortuna del reo, pues supondría una agravación *in peius* de la pena determinada en la sentencia firme, difícilmente compatible con los principios rectores de la ejecución penal.

Sin embargo, el artículo 51 sí autoriza a que pueda dejarse sin efecto un aplazamiento concedido al reo para el pago de la multa, basado en sus circunstancias económicas precarias si *ex post facto* cambian las circunstancias y mejora su fortuna hasta el punto de evidenciarse la posibilidad de pago inmediato. Pese a esta teórica autorización, los Sres. Fiscales se abstendrán de promover investigaciones tendentes a dejar sin efecto aplazamientos de pago concedidos, por evidentes razones de economía procesal, sin perjuicio de no oponerse a la revocación del plazo si habiéndose planteado la cuestión el órgano jurisdiccional de oficio o a instancia de la acusación particular se comprobara la mejora de fortuna en una cuantía tal que privara de sentido al aplazamiento.

VIII.5. La multa proporcional

Esta modalidad residual de multa, regulada en el artículo 52 CP, ve completado su régimen con un párrafo 3.º que declara que *si, después de la sentencia, empeorase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la Ley para el delito de que se trate, o autorizar su pago en los plazos que se determinen.*

Este precepto va a permitir, para dar una adecuada traducción penológica a la situación económica del reo, ya reducir el importe de la multa, ya conceder un pago aplazado. Esta última posibilidad abarcará tanto un único pago aplazado como varios plazos. Se produce por tanto una importante flexibilización del régimen de la multa proporcional. En este contexto de flexibilización debe también admitirse por los Sres. Fiscales la posibilidad de conceder simultáneamente ambos beneficios: aplazamiento y reducción.

Pese a que la nueva redacción del artículo 52 ha generado dudas, al referir su apartado 2.º que *los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito*, habrá de seguir manteniéndose la posibilidad de reducir el importe de la misma bajándola en grado cuando proceda conforme a las normas generales (*vid.* STS 547/2003, de 10 de abril).

IX. LA RESPONSABILIDAD PENAL SUBSIDIARIA: ART. 53

IX.1. Aspectos generales

Tras la reforma 15/2003 ha de entenderse que, en principio, la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa impuesta por delito habrá de cumplirse mediante pena privativa de libertad, pues tal es su naturaleza, conforme al artículo 35 CP y ello aun cuando su duración sea inferior a tres meses.

Siendo pues una pena privativa de libertad, la ejecución de la responsabilidad personal subsidiaria habrá de respetar los principios generales aplicables a este tipo de penas: así, entre otros, habrá de cumplirse ininterrumpidamente en Centro Penitenciario (salvo que se acuerde la suspensión o el cumplimiento mediante trabajo en beneficio de la comunidad o la responsabilidad personal subsidiaria se imponga por falta); serán de aplicación las disposiciones de la legislación penitenciaria; podrá refundirse con otras penas privativas de libertad y el tiempo de privación de libertad sufrido previamente le será abonable. Desde luego ha de admitirse la posibilidad de acordar la suspensión de la misma conforme a los artículos 83 y siguientes del CP.

El nuevo texto ofrece dos alternativas a la privación de libertad: con la conformidad del penado podrá el Juez acordar que la responsabilidad subsidiaria (tanto para la multa proporcional como para la multa por cuotas) se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad y, en los supuestos de multas impuestas por faltas, mediante la nueva pena de localización permanente.

Para la responsabilidad personal subsidiaria derivada de impago de multas impuestas por faltas también habrá de admitirse la posibilidad de cumplirse mediante trabajos en beneficio de la comunidad, a la vista del carácter omnicomprensivo del párrafo 2.º del artículo 53.1 CP.

Pese a que el cumplimiento en régimen de localización permanente de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multas impuestas por faltas se prevé simplemente como posibilidad, siendo también admisible su cumplimiento en Centro Penitenciario, aquella será la regla general y ésta la excepción, únicamente aplicable por causas debidamente justificadas.

Una interpretación sistemática y teleológica del artículo 53 en relación con el artículo 36.1 y con el artículo 71.2 lleva al principio general de no imposición de penas de prisión inferiores a tres meses de duración. Por ello, en los supuestos en los que la responsabilidad personal subsidiaria resultante fuese inferior a tres meses y no se hubiera impuesto conjuntamente una pena de prisión superior a tres meses, salvo que se opte por la suspensión de la ejecución, habrá de ofrecerse al reo imperativamente la posibilidad de cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad. Si el reo no prestase su consentimiento, la responsabilidad personal subsidiaria podrá ejecutarse como pena privativa de libertad pese a ser inferior a tres meses, quedando en este supuesto exceptuada la regla general.

El trabajo en beneficio de la comunidad asume, pues, un protagonismo principal como alternativa a la privación de libertad sustitutiva de la multa. Puede decirse que es la alternativa natural: si la multa pretende reducir los bienes del penado, que normalmente serán los que obtenga como rendimiento de su trabajo, igual efecto se consigue mediante la prestación de un trabajo que ya de antemano no resulta remunerado.

El precepto prevé el módulo de conversión para el trabajo en beneficio de la comunidad: cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo y aunque no existe expresa previsión del módulo de conversión de la localización permanente alternativa habrá de entenderse también que cada día de privación de libertad equivaldrá a uno de localización permanente (*vid.* Disposición transitoria 4.ª).

La localización permanente queda reservada para el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria impuesta por faltas. El tenor del art. 53 deja escaso margen interpretativo, pese a que la STC 19/1988, de 16 de febrero, al analizar la constitucionalidad del anterior arresto sustitutorio postuló *«la posibilidad de elegir fórmulas de restricción de la libertad que encajen mejor con el sentido general del precepto y con una interpretación del mismo favorecedora de las menores restricciones de la libertad individual, lo que sucede muy en particular con el arresto domiciliario»*.

Los Sres. Fiscales habrán de cuidar de que se agoten diligentemente las actuaciones precisas para hacer excusión de los bienes del penado antes de aplicar la responsabilidad personal subsidiaria, siguiendo la doctrina emanada del TC, que ya en su sentencia 19/1988, de 16 de febrero, resaltaba la importancia de este aspecto de la responsabilidad personal subsidiaria desde una perspectiva constitucional, subrayando la conclusión de que no es opcional para el reo elegir, frente al pago de la multa, la pena privativa de libertad.

IX.2. Cálculo de la responsabilidad personal subsidiaria

El cálculo es en principio sencillo: habrá de imponerse, en el caso de días-multa, un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Pueden plantearse supuestos-límite, a los que se dará la siguiente solución: en caso de que el número de cuotas diarias impagadas fuese impar, habrá de excluirse del total de cuotas no satisfechas y no ser tenida en cuenta la sobrante.

Por su parte, en supuestos de impagos parciales, el total de lo pagado habrá de dividirse por el importe de una cuota. El resultante permitirá calcular el número de cuotas que deben considerarse extinguidas y que por tanto no se computarán para conocer el número de días que deberán cumplirse como responsabilidad personal subsidiaria. Si tras este cálculo quedase como resto una suma de dinero insuficiente para cubrir el importe de una cuota, habrá de excluirse una cuota diaria del cálculo para determinar la responsabilidad personal subsidiaria, en beneficio del reo.

El artículo 53.2 del Código Penal establece como límite expreso para la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa proporcional el de un año. Este límite operará en general para la responsabilidad personal subsidiaria por impago de días-multa, si bien en este caso el año deberá entenderse integrado por 360 días. En efecto, conforme al artículo 50.3 CP la extensión máxima de la multa es de dos años y por su parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.4 *a efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de 30 días y los años de 360*. Esta regla general habrá de entenderse excepcionada cuando conforme al art. 70.3.9.ª CP, se imponga la pena superior excediendo del límite máximo fijado, supuesto en el que pudiendo alcanzar la pena de multa los 30 meses, la responsabilidad personal subsidiaria podrá eventualmente alcanzar hasta 450 días.

La multa, cuando se impone como sustitutiva de la prisión, puede alcanzar —como se analizó *supra*— una extensión de hasta cuatro años. Sin embargo, su incumplimiento en estos casos no desembocará en responsabilidad personal subsidiaria sino en el cumplimiento de la pena de prisión sustituida con los descuentos que correspondan si hubo pagos parciales (art. 88.2 CP).

IX.3. Criterios de conversión de la multa proporcional en responsabilidad personal subsidiaria

En los supuestos de multa proporcional, tanto el texto originario como el reformado por LO 15/2003 establecen que los Jueces y Tribunales establecerán la responsabilidad personal subsidiaria «según su prudente arbitrio».

Este prudente arbitrio no puede en ningún caso confundirse con arbitrariedad y deberá estar siempre presidido por el canon de la proporcionalidad.

Este canon de proporcionalidad es reiteradamente exigido por la jurisprudencia del TS (*vid.* STS 1761/2001, de 19 de diciembre) y del TC (STC 19/1988, de 16 de febrero), e incluso cabe recordar que la STS 1892/2000, de 11 de diciembre, aporta como pauta para calibrar la proporcionalidad los parámetros establecidos para los días multa ya que *el criterio de proporcionalidad previsto para los días multa no puede diferir del que rija para la multa proporcional, pues la proporcionalidad del arresto sustitutorio con la multa no depende en modo alguno de la forma en la que se individualice la pena de multa.*

IX.4. Límites a su imposición

Tras la reforma, se eleva el límite a partir del cual deja de operar la responsabilidad personal subsidiaria: ahora esta responsabilidad pasa a ser incompatible con la pena privativa de libertad superior a cinco años.

Los Sres. Fiscales, conforme a la jurisprudencia del TS, interpretarán esta cláusula *pro reo* con amplitud.

En este sentido debe reseñarse que a los efectos del cálculo del límite deben incluirse las penas impuestas por otros delitos en la misma sentencia (STS 1419/2003, de 31 de octubre).

Tampoco procederá imponer la responsabilidad personal subsidiaria cuando la pena privativa de libertad impuesta coincide exactamente con el límite legal pues *si atendemos al espíritu y finalidad de la norma que, conforme al principio de proporcionalidad, pretende imponer determinados límites a las penas privativas de libertad, impidiendo que ésta se prolongue más allá de lo debido en función de una cuestión accesorio como es la responsabilidad personal subsidiaria derivada de la multa, observamos que el legislador, en uso de su voluntad soberana, ha situado dicho límite precisamente en cuatro años, y dicha finalidad se frustraría si, a través de una interpretación literal y formal, el condenado acabase cumpliendo una pena privativa de libertad superior al límite legal de cuatro años, precisamente por la acumulación de la responsabilidad subsidiaria a la pena inicialmente impuesta* (STS 872/1993, de 13 de abril; SSTS 1419/2003, de 31 de octubre; 1685/2000, de 31 de octubre; 803/2000, de 16 de mayo; 1419/2003, de 31 de octubre; 886/1993, de 14 de abril; 119/1994, de 1 de febrero, y 629/1996, de 26 de septiembre).

Cuando la pena privativa de libertad no alcance los cinco años, si existe responsabilidad personal subsidiaria por una pena de multa, dicha responsabilidad personal subsidiaria no podrá rebasar nunca, junto a la referida pena de prisión, los cinco años porque, en otro caso, se conduciría al absurdo de ser de mejor condición el condenado a pena de 5 años y 1 día que el que lo fue a pena, por ejemplo, de 4 años y 11 meses, sin responsabilidad personal subsidiaria aquella y con una posible responsabilidad personal subsidiaria ésta que pudiera exceder en su cómputo de los cinco años y 1 día, lo que vulneraría el principio de culpabilidad al resultar más sancionado de modo efectivo quien ha cometido un ilícito de inferior gravedad (*vid.* en este sentido, entre otras, SSTS 803/2000, de 16 de mayo; 976/2002, de 24 de mayo, y 1685/2000, de 31 de octubre).

IX.5. Aplicación de oficio

Los Sres. Fiscales, en sus escritos de calificación incorporarán la correspondiente solicitud de responsabilidad personal subsidiaria tanto cuando se interese la multa proporcional como cuando la pena se fije en días multa.

Obviamente no se interesará responsabilidad personal subsidiaria cuando se solicita una pena privativa de libertad superior al límite del artículo 53.3. En estos supuestos, si el Tribunal impone pena inferior a dicho límite estará obligado, de oficio, a imponer la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, sin que pueda omitir tal pronunciamiento en base al principio acusatorio. En este sentido se pronuncian las SSTs 271/1998, de 20 de febrero y 2060/2002, de 4 de diciembre. Esta última sentencia declara que *«...aduce la sentencia impugnada que su imposición vulneraría el principio acusatorio porque no fue instada por la acusación pública, argumentación errónea, pues además que su imposición es obligatoria por el Código, la acusación solicitó una pena privativa de libertad, de cuatro años y seis meses, incompatible con la responsabilidad personal subsidiaria»*.

X. NOVEDADES EN LAS PENAS ACCESORIAS

La Fiscalía General del Estado se pronunció sobre esta materia en su Consulta 2/2000, de 14 de diciembre, *sobre la aplicación de las penas accesorias previstas en el artículo 56 del Código Penal* llegando a las siguientes conclusiones: *1.º Los Sres. Fiscales cuando pidan que se imponga una pena de prisión de hasta diez años, deberán asimismo solicitar que se impongan las siguientes penas accesorias durante el tiempo de la condena: a) en todo caso, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; b) además, cuando el acusado desempeñe un empleo o cargo público, también la suspensión de empleo o cargo público; 2.º Habrá de solicitarse la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, especificando concretamente cuál o cuáles son los derechos a que alcanza la inhabilitación, únicamente cuando éstos hayan tenido relación directa con el delito y el penado se haya aprovechado de ellos para cometerlo. En este caso habrá de solicitarse también la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Y si el acusado desempeña un empleo o cargo público, salvo que se haya pedido concretamente la inhabilitación especial para empleo o cargo público, se habrá de pedir también la suspensión de empleo o cargo público.*

Las anteriores conclusiones deben estimarse tras la reforma plenamente vigentes, pues la nueva redacción del artículo 56 despeja algunas dudas que la imprecisión del texto original generaba.

La reforma 15/2003 deja claro que la pena accesoria de suspensión de empleo o cargo público no requiere para su aplicación una relación directa entre el empleo o cargo público y el delito cometido. Cuando concorra relación directa del cargo con el delito cometido la accesoria aplicable será la inhabilitación especial para empleo o cargo público.

La reforma deja también claro que puede imponerse más de una pena accesoria y que cuando el reo no ejerza función pública y el delito no tenga relación con su profesión, habrá necesariamente de imponérsele inhabilitación del derecho de sufragio pasivo.

Por lo demás a estas conclusiones ya había llegado con anterioridad la jurisprudencia del TS recogida entre otras en STS 112/2003, de 3 de febrero, conforme a la cual la exigencia de que los derechos afectados por estas penas hubieran tenido relación directa con el delito cometido *«se refiere a la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, y no a las otras dos penas accesorias expresadas en la parte inicial del precepto, es decir a la mera suspensión de cargo o empleo público y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena»* añadiendo que *«el artículo 56 del Código Penal 1995, emplea una expresión preceptiva, “impondrán”, y no potestativa, “podrán imponer”, por lo que ha de deducirse que, como regla general, el precepto legal determina que ha de imponerse necesariamente alguna de las penas accesorias en él prevenidas»*. En el mismo sentido, entre otras, SSTS 1442/1999, de 18 de octubre; 430/1999, de 23 de marzo, y 1273/2000, de 14 de julio.

XI. DISPOSICIONES COMUNES A LAS PENAS

XI.1. El abono de la prisión preventiva: artículo 58

El artículo 58 CP queda redactado en los siguientes términos:

1. *El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada.*
2. *El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del Ministerio Fiscal.*
3. *Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.*
4. *Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.*

La reforma 15/2003 modifica puntualmente el artículo 58 atribuyendo al Juez de Vigilancia la decisión sobre el abono cuando la prisión indebida lo fue en otra causa. Ello supone que eventualmente el Juez de Vigilancia va a poder modificar la liquidación de condena practicada por el Tribunal sentenciador. Aunque el artículo 58 no lo expresa, habrá de entenderse que tal modificación deberá ser comunicada al Tribunal sentenciador, como competente para liquidar la pena. Los Sres. Fiscales cuidarán que tales comunicaciones se efectúen, evitando indeseables descoordinaciones.

En cuanto a los supuestos en los que cabe este abono, la reforma clarifica la oscura redacción anterior que se refería a hechos posteriores al ingreso en prisión. Queda ahora claro que sólo procederá el abono de prisión preventiva sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar. La reforma vuelve a asumir criterios asentados jurisprudencialmente. La fórmula utilizada evita en todo caso la utilización de los

sobrantes de prisión preventiva como crédito para cubrir responsabilidades futuras por el reo.

Debe, no obstante, tenerse presente que el TS ha asumido una interpretación correctora tendente a ampliar los márgenes del abono evitando al mismo tiempo conceder al reo una licencia para delinquir que constituiría un perturbador factor criminológico. Así, se declara que *«ha de permitirse el abono referido en casos de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, siempre que esos hechos delictivos, por los que en definitiva ha de cumplirse la pena, sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió (o impuso pena menor a la prisión ya sufrida) en la causa en la que la prisión provisional fue acordada. Sólo a partir del momento en que tal sentencia fue conocida por el interesado cabe decir que éste puede actuar con el mencionado sentimiento de impunidad que constituye el fundamento de la limitación o excepción expresada en la frase final del art. 58.1»* (SSTS 808/2000, de 11 de mayo, y 2394/2001, de 18 de diciembre).

Será admisible abonar como privación de libertad provisional no solamente la prisión provisional *strictu sensu*, sino también la detención, cualquier internamiento cautelar por causa penal, el arresto del quebrado y la prisión provisional en su modalidad atenuada.

XI.2. La suspensión por enajenación tras la sentencia: artículo 60

La LO 15/2003 modifica este precepto aunque mantiene la base fáctica para el acuerdo de suspensión. El apartado 1.º del artículo 60 queda redactado en los siguientes términos:

Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

El artículo 60 reformado supone una nueva potenciación de las funciones del Juez de Vigilancia, en detrimento de las funciones del Juez o Tribunal sentenciador, atribuyéndole a aquél la competencia para acordar la suspensión de la ejecución en estos casos y la imposición de las medidas pertinentes.

Con el nuevo texto se atribuye al Juez de Vigilancia la posibilidad de decretar medidas de seguridad, diferenciando según que la pena impuesta sea privativa de libertad, en cuyo caso «podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad», o sea de distinta naturaleza, pudiendo entonces imponer «las medidas de seguridad que estime necesarias».

Se da con ello una solución que otorga cobertura legal al artículo 184 c) del Reglamento Penitenciario que ya permitía el ingreso de los penados a los que por enfermedad mental sobrevenida se les impusiera una medida de seguridad por el Tri-

bunal sentenciador que deba ser cumplida en un establecimiento o Unidad psiquiátrica penitenciaria.

En todo caso, la medida de seguridad de internamiento habrá de imponerse sobre la base de un juicio pronóstico de peligrosidad. Los Sres. Fiscales se opondrán a una interpretación de la habilitación legal como presunción *ex lege* de peligrosidad del afectado por la enfermedad sobrevenida.

La medida de seguridad privativa de libertad que puede imponerse *no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida*. Con la utilización de este inciso, el artículo 60 CP claramente asume el sistema vicarial aplicable en general a las medidas de seguridad. Ello debe llevar también a interpretar el apartado 2.º del artículo 60 (que no ha sido modificado) en los siguientes términos: cuando se establece que *restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente* debe entenderse que aun cuando la decisión sea la de ordenar el cumplimiento de la sentencia, necesariamente habrá de reducirse su duración, descontando del período pendiente de cumplimiento todo el tiempo en que el reo hubiere estado privado de libertad en cumplimiento de la medida de seguridad sustitutiva de la pena suspendida.

En cuanto a la competencia para acordar el cumplimiento, la extinción o la reducción de la condena una vez recuperada la salud mental, debe entenderse que vuelve al Juez o Tribunal sentenciador, al tratarse de una materia integrada en el núcleo de sus atribuciones. Por lo demás, la propia literalidad del artículo 60.2, no modificado, abona esta interpretación.

Dentro de las penas privativas de libertad que pueden suspenderse deben englobarse tanto la pena de prisión, como la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y la localización permanente.

Como novedad se permite también acordar la suspensión de penas no privativas de libertad. El presupuesto para la suspensión en este caso se prevé redundantemente, pues es el mismo que para las privativas de libertad: que la enfermedad no permita al penado conocer el sentido de la pena.

La reforma añade que *«el Juez de Vigilancia Penitenciaria comunicará al Ministerio Fiscal con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la Disposición Adicional primera de este Código»*. Se trata de coordinar una correcta articulación de los internamientos penales con los civiles, evitando tiempos muertos que pudieran dar lugar a situaciones de desprotección del enfermo y peligro para terceros.

Los Sres. Fiscales que reciban la comunicación prevista en el último párrafo del artículo 60.1 la remitirán de forma inmediata a la Sección de incapacidades de la Fiscalía, o en su defecto al Fiscal encargado del despacho de estos asuntos, al objeto de que se proceda a instar, en su caso, la declaración de incapacidad y las medidas de protección que se estimen pertinentes.

XII. NOVEDADES EN LAS REGLAS PARA LA APLICACIÓN DE LAS PENAS

XII.1. Participación en delitos especiales propios

El artículo 65 añade un nuevo número 3, que contempla la participación del *extraneus* en un delito especial propio y que inspirándose en la doctrina jurisprudencial establece expresamente ahora que *cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate.*

En efecto, nuestro TS ha aplicado una atenuación de la pena para el *extraneus* participe en un delito especial propio, habiéndolo llevado a la práctica hasta la fecha mediante la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6 CP (*vid.* SSTS 1493/1999, de 21 de diciembre; 20/2001, de 28 de marzo, y 1336/2002, de 15 de julio).

Debe resaltarse ahora que la redacción del precepto *podrán imponer la pena inferior en grado* apunta claramente hacia el régimen facultativo o discrecional de la bajada en grado.

Este sistema de atenuación facultativa de la pena persigue sin duda la finalidad de distinguir los casos en los que, a pesar de tratarse de un *extraneus*, su contribución al hecho está próxima al dominio de la situación que permite el cumplimiento del deber especial a que se refiere el tipo. Se establece sólo una posibilidad de atenuación por lo que se podrá calibrar en cada caso la pena adecuada.

Los Sres. Fiscales justificarán por tanto en sus informes la aplicación o no de la rebaja en grado en base a la mayor o menor proximidad del *extraneus* al dominio de la situación que permite el cumplimiento del deber especial a que se refiere el tipo.

El precepto se refiere solamente a la intervención del inductor o del cooperador necesario. Pese a las dudas que el mismo genera, debe entenderse que en caso de intervención de un *extraneus* en calidad de cómplice, a la rebaja de un grado que le corresponde por su participación secundaria (art. 63) habrá de añadirse la posible rebaja conforme al artículo 65.3 por no infringir el deber específico del autor *intraneus*. Habrá en estos casos de permitirse una doble atenuación penal, por cómplice y por *extraneus*.

XII.2. Concurrencia de eximentes incompletas

Conforme al artículo 68 *en los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código.*

Por lo tanto, la reforma incorpora la doctrina de la Fiscalía General del Estado (Consulta 1/1997) y la jurisprudencia (SSTS 782/1998, de 5 de junio; 1041/1998, de 16 de septiembre, y 1849/99, de 23 de diciembre, entre otras muchas) en el sentido de que es preceptivo rebajar la pena al menos en un grado y es facultativo hacerlo en dos.

Además, conforme a la redacción legal ha de entenderse que la rebaja en grado habrá de operar aunque concorra alguna agravante.

El inciso último del art. 68 *sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código* supone la vinculación del Juez o Tribunal a las reglas del artículo 66, una vez determinado el marco penal conforme a la regla del artículo 68. En este mismo sentido se pronunció el Informe del CGPJ de 26 de marzo de 2003, *sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* que al respecto consideraba que *en el caso de la eximente incompleta, el artículo 68 pertenece todavía a la fase de la determinación del*

marco legal de la individualización judicial. Por el contrario, el artículo 66 es un precepto que ofrece reglas especiales para una mayor concreción del marco legal, próxima a la individualización judicial stricto sensu, toda vez que las circunstancias agravantes y atenuantes inciden en el injusto o la culpabilidad del hecho, y no hay motivo para no sujetar al Juez a esas reglas en la determinación de la pena. Es decir, en la determinación de la pena, como ha puesto de manifiesto la doctrina, pueden distinguirse dos clases de operaciones que debe realizar el Juez Penal: 1) La determinación del marco legal de la individualización judicial en abstracto –actividad que en parte es realizada por el legislador y en parte por el tribunal–, y para la que cuenta el Juez con las reglas generales y especiales que se previenen en los artículos 61 y ss. CP; 2) la individualización de la pena en sentido estricto, esto es, determinar, dentro del marco legal, qué pena debe imponerse al autor en atención a las circunstancias del caso concreto. Esta individualización judicial presupone la aplicación previa de las reglas generales y especiales previstas por el legislador para la concreción del marco legal abstracto; y una vez realizado debe graduar la gravedad de la culpabilidad atendiendo a los factores a que se refiere el artículo 66 CP.

Ello arrastrará las siguientes consecuencias: una vez aplicado el art. 68 y rebajada la pena en uno o dos grados, podrá volverse a rebajar en grado si concurren dos o más atenuantes o una muy cualificada y no concurren agravantes. También procederá dentro del grado dividir en mitades y aplicar la que proceda conforme a las reglas del artículo 66. Podrá igualmente volver a elevarse el grado si concurren la regla 4.^a o la 5.^a del artículo 66. Por último, si la aplicación del art. 68 nos lleva a rebajar la pena asignada al delito en dos grados, habrá de entenderse que operará analógicamente lo dispuesto en la regla 8.^a del artículo 66: cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

Igualmente habrá de interpretarse el artículo 68 en el sentido de que si los hechos han sido cometidos en grado de tentativa o si la participación imputable lo es a título de complicidad, las rebajas establecidas serán cumulativas.

Por último, los supuestos excepcionales de concurrencia de más de una eximente incompleta habrán de dar lugar a una acumulación de las rebajas en grado de la pena.

XII.3. Determinación de penas superiores o inferiores en grado y determinación de la mitad inferior o superior de la pena

El nuevo artículo 70 CP vuelve al sistema de penas engarzadas vigente en el Código de 1973 para la degradación o elevación de grados. Así, la regla 1.^a determina que *el límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer* y, correlativamente, la regla 2.^a establece que *el límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer*.

La reforma trata de separar formalmente las penas superiores o inferiores en grado de aquellas respecto de las que se realiza la operación aritmética, siguiendo el axioma de que no puede existir intersección entre una pena y su pena superior, evitando por consiguiente los solapamientos.

También se modifican los topes máximos de las penas superiores en grado para las penas de inhabilitación especial y absoluta (pasando de veinticinco a treinta años) y de privación del derecho a la tenencia y porte de armas (se eleva de quince a veinte).

Se introducen los tramos superiores de las penas de alejamiento (la duración máxima en sus tres manifestaciones será de veinte años) y se establece para la de suspensión de empleo o cargo público la duración máxima de ocho años.

Las nueve reglas del artículo 70.3 dedicadas a determinar la pena superior en grado cuando exceda de los límites máximos fijados a cada pena utilizan el inciso de que se impondrá «*la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de*». Pese a su ciertamente equívoca redacción, ha de partirse de que el precepto no quiere decir que el mínimo coincida con la pena mínima base de la que se exaspera, sino exclusivamente que la naturaleza de la pena va a seguir siendo la misma. El mínimo será el máximo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o en un día multa.

El artículo 71.1 mantiene el criterio de permitir dar operatividad a las rebajas de pena aun cuando se rebasen las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase, incorporando la novedad de especificar en su inciso final que esto no supondrá *la degradación a falta*. Por tanto, se mantendrá la naturaleza de delito del hecho, al margen del criterio formal de delimitación entre el delito y la falta que se establece en el artículo 13 CP. Se sigue el criterio de que el delito es más grave que la falta, no tanto por la mayor pena con que se sanciona el primero, sino porque presenta un mayor contenido de injusto.

Esta regla de la no degradación a falta por razón de la pena imponible tendrá consecuencias sustantivas. Así, procederá la anotación de condena y correlativamente el antecedente anotado podrá operar a efectos de la agravante de reincidencia. Tendrá igualmente consecuencias procesales: la competencia seguirá siendo, en atención a la pena abstracta imponible, del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia, aunque se solicite pena leve.

A los efectos de determinar el plazo de suspensión de la pena habrá de entenderse siempre aplicable el de dos a cinco años para condenas por delito, aunque haya de degradarse la pena de prisión por debajo de los tres meses, pues no por ello se transforma en pena leve (*vid.* arts. 33 y 71.2 CP). Habrá de dejarse a salvo el supuesto de que vaya a suspenderse la ejecución de una pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa leve (de diez días a dos meses) impuesta por delito, pues conforme al artículo 33.5 esta pena privativa de libertad *tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya*. En este último supuesto, conforme al artículo 80.2 CP, habrá de aplicarse el plazo de suspensión reducido previsto para las penas leves (de tres meses a un año), pues tal será la naturaleza de la responsabilidad personal subsidiaria impuesta.

El párrafo 2.º del artículo 71, en armonía con el nuevo límite mínimo de la pena de prisión, establece la obligatoriedad de la sustitución para las penas de prisión que como consecuencia de la aplicación de las reglas para la determinación de la pena sean inferiores a tres meses.

En cuanto a las reglas para la determinación de la mitad superior o inferior dentro del mismo grado, en primer lugar ha de constatarse que no se establece de modo expreso la separación formal entre mitades. La filosofía subyacente a la reforma 15/2003 aparentemente propicia que se utilicen reglas análogas a las previstas para la separación de la pena superior e inferior para distinguir entre la mitad superior e inferior dentro de un mismo grado. Sin embargo, la inexistencia de previsión legal expresa, unida a la complicación que para el sistema supondría asumir tal interpretación –que por lo demás no generaría ningún beneficio–, ha de llevar a optar por entender que no es precisa la separación formal de mitades dentro del mismo grado.

Únicamente habrá lugar a la separación formal entre mitades de un mismo grado cuando devenga aplicable lo dispuesto en el artículo 70.2 CP: a los efectos de determinar la mitad superior o inferior de la pena el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o menos, según los casos. Es decir, si operamos, por ejemplo, con una pena de entre 15 y 50 jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad, la mitad inferior abarcaría de 15 a 32 jornadas y la superior de 33 a 50.

XII.4. Motivación de la pena: artículo 72

Conforme a este precepto *los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la imputada.*

Este nuevo artículo 72 sustituye al anterior precepto que disponía que «cuando la pena señalada en la Ley no tenga una de las formas previstas especialmente en este título, se individualizará y aplicará, en su caso, haciendo uso analógico de las reglas anteriores», regla vacía de contenido en el sistema de determinación de penas del CP 1995.

La exigencia de motivación de sentencias prevista en el artículo 120.3 CE irradia sus efectos sobre las reglas de determinación de la pena y es consecuencia directa de la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

Nuestra jurisprudencia penal ha venido considerando como un aspecto esencial de la fundamentación de las sentencias la justificación de la individualización judicial de la pena, especialmente exigible cuando se fija la pena en cuantía superior a los mínimos legales.

El TS ha resaltado cómo el ejercicio del arbitrio judicial en cumplimiento de los artículos 9.3, 24.1 y 120.3 de la Constitución deberá ser motivado, analizando las circunstancias personales del delincuente y la gravedad del hecho, criterios generales contemplados en el artículo 66, y la capacidad de resocialización y de reeducación, atendiendo a la prevención especial, y a la culpabilidad manifestada en el hecho, extremos que el legislador, obviamente, no puede prever y que delega en el Juez penal mediante el ejercicio del arbitrio judicial, en ocasiones, entre unos límites mínimos y máximos muy distanciados (STS 63/2004, de 21 de enero).

Para el TS, las pautas a utilizar para la motivación son, por un lado, la gravedad del hecho, que «*no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer*». Por otro lado, las circunstancias personales del delincuente «*son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica*». Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta (antigua) regla primera del artículo 66, sino de las restantes reglas. Aquí el legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando, en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, pues, de un ejercicio de discrecionalidad reglada,

que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley» (STS 1297/2003, de 9 de octubre).

La motivación, siempre exigible, será imprescindible en algunos supuestos: a) cuando la pena se exaspera imponiéndola en la mitad superior (sentencias de 4 de febrero de 1992, 26 de abril de 1995, 4 de noviembre de 1996 y 25 de junio de 1999); b) cuando se hace uso de la facultad atribuida por la ley para aplicar una pena de grado superior a la inicialmente predeterminada (párrafo segundo del art. 74 del Código Penal de 1995, por ejemplo); c) cuando uno de los autores de los mismos hechos, en quien no concurren específicas circunstancias de agravación, es sancionado con una pena notoriamente superior a la de los demás, sin motivo aparente; o d) cuando por unos mismos hechos se impone a varios coautores una pena idéntica, siendo así que en uno de ellos concurre una circunstancia modificativa de la responsabilidad que no resulta aplicable a los demás, existiendo margen legal para valorar el efecto atenuatorio o agravatorio de la circunstancia (sentencia número 1182/1997, de 3 de octubre). (STS 1574/2002, de 27 de septiembre).

Debe también tenerse en cuenta que, «en algunas ocasiones, el Código Penal refuerza esta exigencia general de motivación en relación a la pena, tal como ocurre en el artículo 249, que obliga a tener en cuenta para la fijación de la misma el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción, todo lo cual supone una obligación impuesta al Tribunal en orden a un mayor esfuerzo argumentativo en el momento de expresar las razones de optar por una concreta extensión de la pena, obligación que sólo puede decaer cuando se impone la mínima legalmente prevista, pues, en ese caso, la extensión de la pena se justifica como la inevitable consecuencia mínima del delito». (STS 1574/2002, de 27 de septiembre).

También ha de recordarse que a partir de la STC 59/2000, de 2 de marzo, el Tribunal Constitucional declaró que la obligación de motivar cobra especial relieve en supuestos en los que la condena es superior a la solicitada por las acusaciones en el proceso, obligación cualificada que ha vuelto a ser recordada en posteriores pronunciamientos (*vid.*, entre otras, SSTC 75/2000, de 27 de marzo; 76/2000, de 27 de marzo; 92/2000, de 10 de abril; 122/2002, de 16 de mayo; 139/2000, de 29 de mayo; 221/2001, de 31 de octubre, y 20/2003 de 10 de febrero).

No obstante, esta obligación, que los Tribunales deben cumplir rigurosamente, se debilita hasta desaparecer en sus aspectos formales, cuando la pena se impone en el mínimo legalmente previsto, pues, en estos casos, la sanción penal, establecida dentro de los límites marcados por la ley por aplicación del principio de legalidad de las penas, no es sino la consecuencia obligada de la previa afirmación de la existencia de un delito, de su autor y de la completa responsabilidad de éste, sin la concurrencia de circunstancias modificativas (STS 586/2003, de 16 de abril. En el mismo sentido STS 850/2003, de 11 de junio).

Pese a esta aceptada limitación a los rigores de la motivación los señores Fiscales habrán de evitar la mala praxis de solicitar e imponer la pena mínima con total ausencia de razonamiento, con el pretexto de que no se dispone de datos concretos o con la invocación acomodaticia del principio *in dubio pro reo*.

En todo caso, los señores Fiscales no habrán de recurrir las sentencias en las que, pese a no haberse colmado explícitamente los requisitos de motivación exigidos por el nuevo artículo 72 CP, a la vista de las circunstancias fácticas concurrentes en rela-

ción con los hechos y con el penado, la pena esté implícitamente justificada, de conformidad con la doctrina acuñada al respecto por nuestro Tribunal Constitucional (vid. STC 136/2003, de 30 de junio).

XII.5. La pena asignada al delito continuado

La reforma afecta al delito continuado únicamente en cuanto a la penalidad: aunque se mantiene la asignación de la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior (sistema de absorción agravada obligatoria), se introduce como novedad la posibilidad de imponer la pena en grado superior en su mitad inferior (exasperación facultativa de la pena).

Se incrementa, pues, el arbitrio judicial para poder exasperar la pena. Por tanto, ahora el Juez debe imponer como mínimo la pena más grave en su mitad superior y, opcionalmente, puede elevar el grado, operando dentro de la mitad inferior.

Aunque no se precisan los criterios a tener en cuenta para imponer la pena superior en grado, habrán de valorarse el número de acciones realizadas y su respectiva gravedad y habrá de evitarse que la exasperación facultativa de la pena lleve a castigar el delito continuado con pena superior a la suma de las penas procedentes para cada hecho por separado.

El apartado 2.º, dedicado a las infracciones contra el patrimonio, no se ve afectado por la reforma: *se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.*

Por parte de un sector doctrinal se defendió que en los delitos patrimoniales quedaba excluida la absorción agravada, por lo que podía imponerse la pena en su mitad inferior o superior.

En sentido contrario a la exclusión de la absorción agravada se pronunció la Consulta 3/1999, de 17 de febrero, *sobre la pena que procede imponer a las infracciones penales continuadas de carácter patrimonial*. Esta pauta interpretativa ha de considerarse superada por una reiterada jurisprudencia que establece que la norma del artículo 74.2 CP es específica de las infracciones contra el patrimonio y que por ello desplaza la genérica del artículo 74.1, de tal modo que no es obligado imponer la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior cuando se trate de infracciones continuadas contra el patrimonio (STS 760/2003, de 23 de mayo; 1510/2002, de 24 de septiembre; 295/2001, de 2 de marzo; 1085/2001, de 7 de junio; 2185/2001, de 21 de noviembre, y 1271/2002, de 8 de julio, entre otras).

No se atisban razones que puedan llevar al Tribunal Supremo a modificar esta línea jurisprudencial, por lo que tras la reforma los Tribunales tendrán un amplio margen para la determinación de la pena en los delitos continuados contra el patrimonio, que les permitirá recorrer desde la pena base en su mitad inferior a la pena superior en grado en su mitad inferior. Este amplio margen de discrecionalidad habrá de estar acompañado de un especial rigor en la motivación, con el fin de alejar cualquier sospecha de arbitrariedad.

El apartado 3.º del artículo 74 sufre también una modificación consistente en restringir la continuidad de acciones que ataquen al honor o a la libertad *e indemnidad sexuales* a los casos que afecten a un único sujeto pasivo. De nuevo, pues, se asume por la reforma una pauta de interpretación jurisprudencialmente asumida.

Consultas

CONSULTA 1/2004, DE 26 DE NOVIEMBRE, SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA SEAN RESUELTOS MEDIANTE DECRETO DEL SECRETARIO JUDICIAL

La presente consulta tiene por objeto resolver la cuestión relativa a la aplicabilidad, en el momento actual, de la previsión contenida en el recientemente reformado artículo 456 LOPJ, cuyo apartado 3.º reza «*Los Secretarios Judiciales, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en las siguientes materias: ... b) Jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y resolución, sin perjuicio de los recursos que quepa interponer*».

Esta previsión se completa con lo dispuesto en el apartado 4.º del mencionado precepto, conforme al cual «*se llamará decreto a la resolución que dicte el secretario judicial con el fin de poner término al procedimiento del que tenga atribuida exclusiva competencia, o cuando sea preciso o conveniente razonar su decisión. Será siempre motivado y contendrá, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se basa*».

A favor de la tesis afirmativa, según la cual los Secretarios podrían ya en este momento resolver mediante decreto los expedientes de jurisdicción voluntaria, se esgrime que la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que operó la reforma del citado artículo, entró en vigor el pasado día 16 de enero de 2004, ya que –a falta de mención expresa de la fecha de su entrada en vigor– deviene aplicable la previsión genérica contenida en el artículo 2.1 CC, conforme al cual la mencionada norma, publicada en el BOE de 26 de diciembre de 2003, habría entrado en vigor a los veinte días de su publicación.

De hecho, la presente consulta está motivada por el hecho de que varios órganos judiciales –radicados todos ellos en el territorio de la Fiscalía consultante– han secundado la anterior opinión, y varios expedientes judiciales de declaración de herederos abintestato han sido resueltos mediante decretos dictados por los Secretarios judiciales de dichos órganos.

Sin embargo, tal actuación plantea serias dudas acerca de su adecuación a la legalidad vigente. Estas dudas, unidas a los problemas aplicativos que se derivan de la interpretación apuntada, justifican la oportunidad de la presente consulta.

Es sabido que la doctrina científica procesalista, al igual que el Libro Blanco de la Justicia aprobado por el Pleno del CGPJ el 8 de septiembre de 1997, la Recomendación R (1986) del Consejo de Europa de 16 de septiembre de 1986 y las Resoluciones de la Unión Europea de Secretarios Judiciales de septiembre de 1985 y septiembre de 1987, abogan por una mayor atribución de competencias, incluidas las decisorias,

al Secretario Judicial en los procedimientos judiciales no contenciosos, como el acto de conciliación o los actos de jurisdicción voluntaria, lo que permitiría aliviar la carga de trabajo de los Jueces a la par que aprovechar la formación jurídica de los integrantes de aquel Cuerpo. Asimismo, el Pacto de Estado sobre la Justicia de 28 de mayo de 2001 prevé una redefinición del papel del Secretario Judicial para aprovechar su capacidad y formación, potenciando las funciones de ejecución, realización de bienes y jurisdicción voluntaria. La reforma efectuada por la LO 19/2003 se inscribe en esa línea al regular las funciones del Secretario Judicial.

No obstante, la correcta resolución de la cuestión planteada exige una labor de inteligencia de la norma contenida en el artículo 456, apartado 3 b), LOPJ conforme a los criterios hermenéuticos explicitados en el artículo 3 CC, de modo que una primera aproximación al significado y alcance de la proposición normativa desde una interpretación literal del texto «Los Secretarios Judiciales, *cuando así lo prevean las leyes procesales*, tendrán competencia en las siguientes materias: ... b) jurisdicción voluntaria...», indica ya con absoluta claridad que se trata de una norma vigente, pero de aplicación futura, ya que habilita al legislador para arbitrar unas competencias, pero no crea originariamente un marco competencial definido y concretado, sino que lo difiere a la futura ley procesal que la desarrolle.

Es obvio que la regulación procesal de los expedientes de jurisdicción voluntaria no contempla todavía la posibilidad de que sean resueltos por los Secretarios Judiciales.

En efecto, la normativa aplicable en la materia sigue siendo el Libro III de la LEC 1881, cuya vigencia fue prorrogada –hasta la entrada en vigor de la futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria– mediante la excepción 1.ª prevista en el apartado primero de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que aprobó la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo, los artículos relativos a la conciliación (art. 11 de la LEC 1881) y a la declaración de herederos abintestato (sección 2.ª del Título IX del Libro II de la LEC 1881), pacíficamente considerada ésta como un expediente de jurisdicción voluntaria –pese a estar dichos preceptos formalmente encuadrados en la regulación de la jurisdicción contenciosa–, siguen vigentes en virtud de la excepción 2.ª del mismo apartado, también «hasta la entrada en vigor de la nueva regulación de ambas materias en la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria».

Pues bien, en las normas vigentes que regulan con carácter general la jurisdicción voluntaria no sólo no está previsto que los Secretarios puedan resolver los expedientes mediante decreto, sino que incluso de manera expresa se alude a la competencia del Juez para resolverlos (art. 1811 de la LEC 1881).

Y, en particular, los artículos 1818 ss., comprendidos bajo el epígrafe «Disposiciones generales» en el Título I del Libro III, aluden al auto (resolución judicial) que pone fin al expediente y al régimen del recurso de apelación que cabe interponer contra el mismo.

En el supuesto concreto de la declaración de herederos abintestato también la Ley menciona expresamente que será el Juez, a propuesta del Secretario, quien dicte auto haciendo o denegando la declaración (art. 981 de la LEC 1881), al tiempo que prevé los efectos de la firma de la «resolución judicial» (art. 996).

Tampoco han sido objeto de modificación, para acomodarlas a tal posibilidad, las normas referidas a procedimientos de jurisdicción voluntaria dispersas en algunas leyes especiales, tales como la Ley y el Reglamento Hipotecario (v. gr., expedientes de dominio) o la Ley y el Reglamento del Registro Civil.

Desde una interpretación sistemática tampoco parece sostenible –en tanto no se reforme la normativa procesal vigente sobre la materia– defender la competencia actual de los Secretarios para resolver mediante decreto procedimientos de jurisdicción voluntaria, máxime cuando la propia LO 19/2003 que introduce tal previsión, con conciencia de la necesaria reforma ulterior de determinadas normas procesales para su efectiva

aplicación, añade en su Disposición final 2.^a que «en el plazo de un año el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de Ley procedentes para adecuar las leyes de procedimiento a las disposiciones modificadas por esta Ley». Esta disposición, por otra parte, reitera –en lo que a la necesaria reforma de las normas sobre la jurisdicción voluntaria se refiere– el mandato que en su día ya fue formulado en la Disposición final 18.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, conforme a la cual el Gobierno debería, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la ley, haber remitido a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria.

Por último, una interpretación lógica del precepto debatido aboga por idéntica resolución. Sostener la inmediata aplicabilidad del precepto cuestionado significaría la derogación tácita (art. 2.2 CC) de la regulación actual de la jurisdicción voluntaria. Estos procedimientos serían de la exclusiva competencia del Secretario Judicial (art. 456.4 LOPJ), sin distinción alguna entre los actos de jurisdicción voluntaria de inequívoca naturaleza jurisdiccional –reservados a los Jueces según los arts. 117.3 y 4 CE y 2.2 LOPJ– y aquellos que carecen de tal carácter, asimismo no se produciría intervención judicial ni en la tramitación ni en la resolución (art. 456.3 LOPJ), y conduciría a la absurda consecuencia de convertir el decreto del Secretario en decisión irrevocable, dado que ni se prevé qué recurso procedería (el artículo sólo contiene una mención genérica a «los recursos que quepa interponer»), ni sería probable admitir la apelación que tiene naturaleza jurisdiccional.

Parece claro, en fin, que la falta de determinación de la vía impugnatoria no se trata de una simple imprevisión legislativa, sino de una laguna intencionada, que obedece al convencimiento de que la norma comentada no podrá ser aplicada en tanto no se apruebe la nueva ley reguladora de la jurisdicción voluntaria, y que corresponderá precisamente a ésta determinar cuál es el recurso procedente contra los decretos de los Secretarios Judiciales que resuelvan los expedientes de jurisdicción voluntaria, así como el régimen de su tramitación.

Por todo ello, y como conclusión, se puede afirmar con toda seguridad que, en el momento actual y en tanto no tenga lugar la tan anunciada reforma de las normas que regulan los procedimientos de jurisdicción voluntaria, éstos no pueden ser resueltos por decreto del Secretario Judicial dictado al amparo del vigente art. 456.3.b) LOPJ, sino que deben concluir en todo caso mediante resolución judicial, por lo que los señores Fiscales deberán adoptar las medidas procesalmente oportunas para evitar o, en su caso, subsanar tales anomalías.

CONSULTA 2/2004, DE 26 DE NOVIEMBRE, SOBRE LA PENA QUE PROCEDE APLICAR CUANDO LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA CUALIFICADA CONCURRE CON UNA O MÁS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

I

La reciente reforma del Código Penal, operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, ha afectado, entre otras materias, a las reglas de determinación de la pena en función de la concurrencia o no de una o más circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. El artículo 66 CP se ha visto remozado mediante una nueva

redacción que, si bien resuelve algunas lagunas detectadas en la anterior regulación, genera nuevas dudas y dificultades aplicativas.

La actual redacción del artículo 66 CP es la siguiente:

1. *En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:*

1.^a *Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.*

2.^a *Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.*

3.^a *Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.*

4.^a *Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley en su mitad inferior.*

5.^a *Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.*

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6.^a *Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.*

7.^a *Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación, aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.*

8.^a *Cuando los Jueces o Tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.*

2. *En los delitos imprudentes, los Jueces o Tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.*

El principal factor de distorsión del sistema lo constituye la denominada *multirreincidencia* o —con mayor propiedad— reincidencia cualificada, que el propio texto legal define como «circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido ejecutoriamente condenado, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza».

Como acertadamente argumenta la Fiscalía consultante, no se trata de una nueva circunstancia agravante, ya que no ha sido introducida con sustantividad propia en el catálogo de agravantes del artículo 22 CP. Se trata, como se ha apuntado ya anteriormente, de un fundamento o motivo de cualificación de la circunstancia agravante de reincidencia, que permite —con carácter facultativo— la exacerbación de la pena hasta invadir el ámbito propio de la pena superior en grado, «teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido» (regla 5.^a

art. 66 CP). Lo mismo cabe decir del supuesto de hecho previsto en la regla 4.^a del mismo artículo, que permite imponer la pena superior en grado, en su mitad inferior, «cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna»; tampoco aquí cabe hablar de una nueva agravante, sino de la simple presencia de un motivo cualificado de agravación.

La pregunta que plantea la Fiscalía consultante es, en términos generales, la siguiente. Cuando concurren en un mismo supuesto la reincidencia cualificada y una o más atenuantes, ¿qué regla procede aplicar?: la ya mencionada regla 5.^a del artículo 66, que permite imponer la pena superior en grado; o la regla 7.^a del mismo artículo, la cual prevé, para el caso de que concurren atenuantes y agravantes, la valoración y compensación racional de las mismas, sin que en ningún caso se pueda –contrariamente a lo previsto en la regla 5.^a– superar el límite superior de la pena establecida por la ley.

II

Como argumentos favorables a la aplicación de la regla 5.^a, la Fiscalía consultante expone los siguientes:

En primer lugar, la Fiscalía consultante hace notar que en todas las restantes reglas del artículo 66 CP se hace mención expresa de la necesidad de que deban concurrir o no conjuntamente agravantes o atenuantes. Así, se utilizan expresiones tales como «cuando concorra sólo una circunstancia atenuante» (regla 1.^a); «cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una o varias muy cualificadas y no concorra agravante alguna» (regla 2.^a); «cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes» (regla 3.^a); «cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna» (regla 4.^a); «cuando no concurren atenuantes y agravantes» (regla 6.^a); «cuando concurren atenuantes y agravantes» (regla 7.^a). Esta exhaustividad en la descripción de los anteriores supuestos podría interpretarse *a contrario* como un deseo de que la regla 5.^a operase, en todo caso, independientemente de la concurrencia o no de una o varias circunstancias atenuantes.

También abonaría esta postura la autonomía conceptual del instituto de la *multi-reincidencia* o reincidencia cualificada, que no es –como ya se ha mencionado *supra*– una agravante en el sentido propio del término. Al no poder encuadrarse con propiedad en el término «agravantes» que emplea la regla 7.^a del artículo 66 CP, esta regla no excluiría de manera absoluta el eventual recurso a la regla 5.^a, que se limita a permitir la elevación de la pena con carácter facultativo. Dado que esta regla no hace ninguna alusión a la posible concurrencia de otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, podría invocarse aquí el brocardo clásico *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, de tal manera que la regla 5.^a devendría *lex specialis* frente a las restantes reglas del artículo 66 CP.

Sin embargo, la anterior no es la tesis que –al menos mayoritariamente– apoya la Fiscalía consultante, que se inclina por considerar de preferente aplicación la regla 7.^a del artículo 66 CP.

Se alega, en primer lugar, el carácter exhaustivo en la descripción de todos los supuestos descritos en las diferentes reglas del artículo 66 CP. Considera la Fiscalía consultante que, si se hubiese querido permitir la agravación cualificada, también en el caso de concurrencia con una o más circunstancias atenuantes, se hubiese debido indicar así de manera expresa en la redacción de la regla 5.^a, introduciendo un inciso del tenor siguiente: «cuando, aun concurriendo circunstancias atenuantes, concorra la agravante de reincidencia con la cualificación...». En realidad este criterio, basado en la exhaustividad de la descripción de los supuestos, es el mismo que –en opinión de los partidarios de la tesis contraria y por motivos totalmente opuestos– debería condu-

cir a la aplicación preferente de la regla 5.ª, como ya se comentó con anterioridad. Esta absoluta discrepancia en cuanto al sentido que cabe extraer de la fórmula de redacción de las restantes reglas revela, en definitiva, una clara insuficiencia del recurso al elemento literal para resolver por sí mismo la duda planteada.

Sin embargo, se aduce también un argumento sistemático, basado en el orden de enumeración de las distintas reglas. De acuerdo con esta tesis, la regla 7.ª vendría a operar como cláusula general de cierre, que completa y da respuesta a todos los casos no previstos con anterioridad, por lo que resultaría la norma aplicable en el caso controvertido.

Por último, no cabe duda de que esta interpretación es más favorable al reo. No obstante, este argumento tampoco es concluyente, porque el principio (*in dubio pro reo*) despliega su genuina virtualidad en el terreno de la valoración probatoria y la destrucción de la presunción de inocencia, y no es una regla absoluta en materia de interpretación normativa.

En consecuencia, resulta más correcto traer a colación lo establecido en el artículo 4.º 1.º del Código Penal conforme al cual: «Las leyes penales no se aplicarán en casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Y en el artículo 4.2.º del Código Civil, a cuyo tenor: «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Ambos preceptos impedirían aplicar extensivamente la regla 5.ª del artículo 66 del Código Penal, cuando junto a la agravante de reincidencia cualificada se aprecien una o más circunstancias atenuantes, ya que dicha situación de concurrencia está contemplada en la regla 7.ª del mismo artículo, que establece la pena imponible en estos supuestos.

III

En realidad, la cuestión que origina la consulta planteada guarda cierta similitud con el supuesto de hecho que en su día dio lugar a la consulta n.º 2/1997 de esta Fiscalía General. Se planteó en aquel momento cuál era la regla aplicable —conforme a la anterior redacción del artículo 66 CP— en caso de que concuriesen al mismo tiempo una o varias agravantes y dos o más atenuantes o una atenuante muy cualificada: si era la regla 4.ª, conforme a la cual podía rebajarse la pena en uno o dos grados cuando fueran dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, sin que se hiciese mención de la eventual concurrencia de una o más agravantes; o la regla 1.ª, que obligaba —cuando concurrieran conjuntamente circunstancias atenuantes y agravantes— a individualizar la pena dentro de los límites señalados por la ley.

Dicha cuestión fue resuelta por la citada Consulta n.º 2/1997 en el sentido de que —en tanto no existiese una línea jurisprudencial clara al respecto— debería aplicarse la regla 1.ª, sin que por tanto fuese posible en ningún caso rebajar la pena en grado.

La Sala 2.ª del Tribunal Supremo, posteriormente, abordó también y resolvió la cuestión en un sentido diverso, fijando su criterio en el Pleno no jurisdiccional de 27 de marzo de 1998, y ratificándolo posteriormente en numerosas sentencias, como, por ejemplo, las SSTs 475/1998, de 3 de abril; 1117/1999, de 1 de septiembre; 780/2000, de 11 de septiembre; o 1445/2001, de 20 de julio.

La tesis jurisprudencial se puede exponer, básicamente y en términos recogidos por la última de las resoluciones citadas, del siguiente modo: «a) la concurrencia de agravantes y atenuantes inicialmente obliga a la aplicación de la regla 1.ª del artículo 66 CP, en las que unas y otras deben ser objeto de compensación y ponderación; b) si permanece un fundamento cualificado de atenuación debe aplicarse seguidamente la regla 4.ª de dicho precepto (reducción de uno o dos grados); c) si subsiste una atenuación ordinaria como fruto de la compensación, se aplica la regla 1.ª; y d) de ello se sigue que la regla 4.ª del artículo 66, cuando concurren circunstancias agravantes, no obliga pero sí faculta a la imposición a la pena inferior en uno o dos grados».

La reforma de la LO 11/2003 ha acogido el anterior criterio jurisprudencial y lo ha plasmado en la nueva redacción de las reglas del artículo 66 CP. Ahora, conforme a la regla 2.ª del citado artículo, la rebaja de pena en uno o dos grados vinculada a la concurrencia de varias atenuantes o de una muy cualificada se condiciona expresamente a que no concorra agravante alguna. En caso contrario, deviene aplicable la regla 7.ª, que impone la obligación de valorar y compensar racionalmente las atenuantes y agravantes que concurren, si bien prevé que «en el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado».

Este problema y su solución, aunque aparentemente puedan distraer la atención de la pregunta concreta que pretende resolver esta consulta, se ha querido traer precisamente a colación porque, más allá de la similitud existente entre ambas cuestiones, el tratamiento y la respuesta dados a la primera de ellas contienen las claves necesarias para abordar correctamente la segunda, que es la que ahora nos ocupa.

Efectivamente, de la corriente jurisprudencial auspiciada por el citado Pleno de 23 de marzo de 1998 y su posterior plasmación legislativa, parece desprenderse con claridad que, siempre que concurren atenuantes y agravantes y estemos dentro del ámbito de aplicación del artículo 66 CP –excepción hecha por tanto del supuesto contemplado en el art. 68 CP– (apreciación de una eximente incompleta, que queda como única *lex specialis* frente a la norma general), se debe hacer inicialmente una ponderación y compensación racional de circunstancias, para a continuación valorar si persisten o no fundamentos cualificados de atenuación o de agravación.

A qué se llama «fundamento cualificado de atenuación» se deduce claramente de la jurisprudencia anteriormente citada. Si, una vez hecha la compensación de circunstancias, permanece una atenuante muy cualificada o dos o más atenuantes que no hayan sido objeto de la mencionada compensación, estaremos en presencia del citado fundamento cualificado de atenuación, expresión que ya ha sido frecuentemente utilizada por el Tribunal Supremo para referirse precisamente a estos casos.

Es novedoso, sin embargo, el concepto «fundamento cualificado de agravación», que introduce también la regla 7.ª del artículo 66. Y es necesariamente novedoso porque con anterioridad a la reforma operada por la LO 11/2003 no existían en nuestro Derecho tales fundamentos cualificados de agravación.

En la regulación actual, sin embargo, no cabe duda de que es fundamento cualificado de agravación, por ejemplo, el hecho de que concurren tres o más circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, ya que en este caso (regla 4.ª) la pena puede elevarse hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

Pues bien, consideradas así las cosas y recordando lo que se ha dicho inicialmente acerca de la novedosa figura de la *multirreincidencia*, que no es sino una agravante cualificada, estamos en condiciones de afirmar que es una agravante cualificada precisamente porque concurre en ella un «fundamento cualificado de agravación», análogo al previsto en la regla 4.ª citada, con la única diferencia de que no se limita a su mitad inferior la imposición facultativa de la pena superior en grado.

Por otra parte, desde un punto de vista meramente sistemático, no escapa a un perspicaz observador que el orden lógico que siguen las reglas del artículo 66 es el siguiente: la 1.ª y la 2.ª se refieren a la concurrencia exclusivamente de atenuantes; la 3.ª y la 4.ª (y resulta lógico considerar que la 5.ª también), a la concurrencia exclusiva de agravantes; la 6.ª, a la inexistencia de unas y de otras; y la 7.ª, a la concurrencia de ambas.

Por tanto, se puede afirmar que –en todos aquellos casos en que se aprecie la agravante de reincidencia cualificada junto con alguna atenuante– la regla 7.ª deviene ley especial, y consiguientemente de aplicación preferente, frente a la norma general de la regla 5.ª del artículo 66 CP.

Por ejemplo, si concurren al mismo tiempo la agravante de reincidencia cualificada, otra agravante y una atenuante, el juzgador puede valorar racionalmente que estas dos últimas se compensan, pero en tal caso se verá obligado –en virtud de lo previsto en el inciso final de la regla 7.ª del art. 66 y dado que persiste un fundamento cualificado de agravación– a imponer la pena en su mitad superior.

IV

A la vista de todo lo expuesto, cabe establecer las siguientes conclusiones:

1.ª Cuando la circunstancia agravante de reincidencia cualificada definida en la regla 5.ª del artículo 66 CP concorra conjuntamente con una o varias circunstancias atenuantes, será de aplicación la regla 7.ª del artículo 66 CP, que obliga a valorar y compensar racionalmente todas las circunstancias concurrentes.

2.ª Si, como fruto de la citada valoración y compensación racional de circunstancias, persisten motivos para estimar subsistente la agravante cualificada de reincidencia, procederá aplicar la pena prevista en su mitad superior, como dispone con carácter imperativo el inciso final de la mencionada regla 7.ª. En ningún caso será aplicable la pena superior en grado.

3.ª La regla 5.ª del artículo 66 CP sólo será aplicable cuando no concorra ninguna circunstancia atenuante.

CONSULTA 3/2004, DE 26 DE NOVIEMBRE, SOBRE LA POSIBILIDAD DE ADOPTAR LA MEDIDA CAUTELAR DE ALEJAMIENTO EN EL PROCESO DE MENORES

I

La Fiscalía consultante plantea la cuestión de si las medidas cautelares concebidas para la protección de la víctima, previstas en los artículos 13, 544 bis de la LECrim, así como las que pudieran derivarse del procedimiento introducido en el artículo 544 ter, tratándose de delitos de los artículos 57, 153 y 173.2 del Código Penal, son aplicables a aquellos supuestos en que el agresor es un menor de edad y, como tal, sujeto a la jurisdicción de menores.

La Fiscalía consultante, aun sin tomar postura, propone dos posibles soluciones para posibilitar la utilización de tales medidas cautelares: bien considerando que la supletoriedad del Código Penal y de la LECrim proclamada en la Disposición final primera de la LORPM permite su aplicación, bien acomodándolas a las amplias posibilidades que ofrece la medida cautelar de libertad vigilada.

El interés de la consulta planteada va más allá del interrogante puramente académico o especulativo. De hecho, como apunte criminológico que realiza la trascendencia de la consulta, debe ponerse de relieve el dato constatable de la incidencia que en el ámbito del Derecho penal juvenil tienen los malos tratos familiares protagonizados por los menores, en la mayoría de los casos adolescentes varones, hacia sus progenitores, normalmente la madre. Tampoco, desgraciadamente, son desdeñables los casos de malos tratos de jóvenes hacia sus compañeras sentimentales.

Sobre su incidencia práctica habla el hecho de que las conclusiones adoptadas en el seno de la Reunión sobre violencia doméstica de Fiscales españoles e iberoamerica-

nos, celebrada en Madrid los días 16 a 18 de octubre de 2002, incluyeran entre sus contenidos una mención directamente relacionada con el problema que suscita la consulta. En línea similar, la conclusión número 20 de las Jornadas de Jueces de Menores celebradas en Madrid los días 22 a 25 de abril de 2001, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, expresamente se pronunció en el sentido de que «*se podría acordar, dentro de una medida cautelar de libertad vigilada y como medio de protección de la víctima, que el menor no pueda acercarse a ella, ya que cabría su adopción como una de las reglas de conducta previstas en el artículo 7.1.h) de la LORPM*».

II

Es cierto, y así se desprende con nitidez del texto vigente y de los debates parlamentarios que precedieron a la aprobación de la LORPM, que el legislador optó decididamente por un catálogo expreso y cerrado de las medidas cautelares utilizables, con la finalidad de reforzar el principio de seguridad jurídica. También es cierto que aquel texto legal, integrado por 64 artículos, regula simultáneamente el Derecho Penal y el Derecho Procesal de Menores, no pudiendo ser considerado como un cuerpo normativo autónomo, completo o autosuficiente. Por el contrario, se integra en el sistema general del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como expresamente previene su Disposición final primera, al disponer que *tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma*.

La parquedad de las disposiciones de la LORPM hace que tal integración haya de realizarse con frecuencia para colmar lagunas. Pese a todo, esa labor de integración no puede ser interpretada de forma que convierta la supletoriedad en una forzada puerta de acceso directo a la aplicación de cualquier disposición de nuestro sistema penal de adultos en la jurisdicción de menores. La aplicación supletoria nunca puede realizarse *ab integro*, debiendo excluirse en aquellas materias que bien tienen una regulación suficiente en la LORPM, o que bien son incompatibles con sus principios informadores. De acuerdo con esa idea, no cabrá acudir a la legislación de adultos cuando la concreta materia esté regulada en la LORPM incluyendo posibilidades y excluyendo implícitamente otras, conforme al brocardo *inclusio unius, exclusio alterius*. Este principio de lógica tiene una especial incidencia en Derecho Penal y Procesal Penal como decantación del principio de legalidad.

A mayor abundamiento, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la calidad de ley exigible en medidas restrictivas de derechos fundamentales y sobre el respeto del denominado canon de la previsibilidad, que impone la existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para la imposición de la medida en el caso concreto, nos llevaría a la misma conclusión: «no pueden constituir cobertura legal específica... aquellas que habilitan a los órganos judiciales a adoptar esta medida en otros ámbitos jurídicos y conforme a presupuestos diferentes» (STC 169/2001).

Por las razones expuestas, no son aplicables en el proceso penal de menores las disposiciones de los artículos 544 bis y ter LECrim.

III

El artículo 28 LORPM se limita a incluir la medida de libertad vigilada como una de las medidas susceptibles de imponerse cautelarmente durante la sustanciación del proceso de menores. Para concretar su contenido, habremos de acudir a la medida

homónima prevista en el artículo 7.1 de la LORPM, que en su letra h) dispone, en relación con el contenido de la libertad vigilada:

«En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socioeducativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

1.^a *Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el interesado está en el período de la enseñanza básica obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.*

2.^a *Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.*

3.^a *Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.*

4.^a *Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.*

5.^a *Obligación de residir en un lugar determinado.*

6.^a *Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.*

7.^a *Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.*

La configuración legal de la medida de libertad vigilada introduce grandes posibilidades de versatilidad, pues además de su plurifuncionalidad (opera como medida principal, como medida cautelar, integra el segundo período de internamiento, puede funcionar como mecanismo para controlar la suspensión de condena y puede utilizarse en su caso como complementaria de otra medida) tiene un contenido abierto a través de la posibilidad de imposición de las reglas de conducta.

La flexibilidad del régimen de la libertad vigilada se potencia aún más con la cláusula abierta que introduce el n.º 7, que permite establecer otras reglas de conducta no previstas, innominadas, con tal de que cumplan dos requisitos: 1) que estén orientadas a la reinserción social y 2) que no atenten a la dignidad del menor como persona. Esta limitación implica la exclusión de reglas de conducta que puedan incorporar contenidos ofensivos al honor del menor y reglas de conducta no compatibles con la edad o evolución o desarrollo del mismo.

Cabe ya sentar una primera conclusión: puede dotarse a la medida cautelar de libertad vigilada del mismo contenido que potencialmente puede tener la medida principal de libertad vigilada, pues parece claro que el artículo 28 LORPM está realizando una remisión al artículo 7.1.h) del mismo texto normativo, ya que es el único precepto que define el contenido de la libertad vigilada en el ordenamiento penal.

A la vista del amplio abanico de posibilidades que ofrece la medida cautelar de libertad vigilada, a través de las reglas de conducta se podrá materializar cautelarmente el alejamiento del menor maltratador respecto de su víctima.

También en determinados supuestos la adopción de la medida cautelar de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo podrá ser útil para alejar al infractor de la víctima.

Cabrá, pues, imponer cautelarmente una regla de conducta consistente en la prohibición de aproximarse a la víctima o acercarse a determinados lugares, en el bien entendido de que el cauce formal para conseguir esos objetivos habrá de ser las medidas cautelares expresamente previstas en la LORPM, concretamente la de libertad vigilada.

La imposición del alejamiento no ha de privar a la medida cautelar de libertad vigilada de su esencia educativa, orientación imprescindible de las medidas en Derecho Penal de Menores, pues tal regla de conducta ha de ser acompañada por el contenido nuclear de la medida, que habrá de girar en torno al programa de intervención elaborado por el profesional encargado de la ejecución, en el que deberán incluirse las correspondientes pautas socioeducativas y la planificación del seguimiento y control del menor sometido a procedimiento [arts. 7.1.h) LORPM y 18.2 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley].

El Reglamento de la Ley Penal del Menor, que entrará en vigor a los seis meses de su publicación (*vid.* Disposición final única), regula por remisión (*vid.* arts. 22 y 18) la ejecución de la medida cautelar de libertad vigilada. Con el fin de lograr cuando sea necesario la máxima celeridad en la ejecución material del alejamiento será de aplicación lo previsto en el apartado 3.º del artículo 18 *sensu contrario*. Este precepto dispone que *si con la medida se hubiera impuesto al menor alguna regla de conducta que requiera para su cumplimiento un programa o recurso específico, éste se elaborará o designará por la entidad pública y se adjuntará al programa individualizado de ejecución de la medida*. Como quiera que el alejamiento como regla de conducta no precisa para su ejecución de programa o recurso específico de la entidad pública, podrá inmediatamente procederse a su ejecución sin necesidad de esperar a la propuesta y aprobación del programa.

Cuando las circunstancias concurrentes lo aconsejen, cabrá solicitar la medida de libertad vigilada acompañada de la correspondiente regla de conducta de alejamiento respecto de menores internados cautelarmente a los que vaya a concederse algún permiso de salida conforme al artículo 49 del Reglamento, en relación con esos períodos en los que disfrute del permiso, a fin de garantizar en todo caso la seguridad de la potencial víctima. Ello, claro es, salvo que lo procedente sea denegar el permiso a la vista del pronóstico de peligrosidad de reincidir en el maltrato.

IV

Conviene recordar que estas medidas cautelares, en tanto no son privativas de libertad, no precisan una tramitación tan compleja ni tienen límites temporales tan estrictos.

En cuanto al tiempo de duración de las medidas cautelares de libertad vigilada y convivencia, la LORPM no establece limitaciones temporales expresas, a diferencia de las rígidas previsiones del internamiento, lo que llevó en su día a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 a mantener que *«no tienen fijado un plazo límite de duración y podrán prolongarse hasta la sentencia sin necesidad de prórroga expresa»*. En todo caso se ordena a los Fiscales evitar *«su prolongación innecesaria, instando su alzamiento tan pronto desaparezca la causa justificadora de las mismas»*. Estas conclusiones serán de aplicación al supuesto analizado.

En relación con el procedimiento para imponer estas medidas, habrá de considerarse vigente lo establecido en la Circular respecto a las medidas de libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo en general: *«el artículo 28.1*

no exige la celebración de una comparecencia, pero sí la preceptiva audiencia del Letrado del menor, del Equipo Técnico y de la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, audiencia que podrá verificarse por trámite escrito. En el caso de que el menor sea detenido por la Policía y puesto a disposición del Fiscal, si éste no tiene intención de solicitar la medida cautelar de internamiento, habrá de poner en libertad al detenido dentro del plazo de cuarenta y ocho horas a contar desde el momento de la detención y posteriormente solicitar del Juez la adopción de la medida de libertad vigilada o de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo si las considera apropiadas para la custodia y defensa del menor».

Sin perjuicio de entender aplicables estos criterios, no puede desconocerse que como norma general, por las implicaciones de la medida y su complejidad y con la finalidad de valorar adecuadamente el interés del menor, será aconsejable la celebración de comparecencia cuando vaya a solicitarse el alejamiento como regla de conducta de la libertad vigilada.

Cierto es que en algunos supuestos la adopción de la medida puede llevar aparejada una situación de riesgo o desprotección para el menor. Sin embargo, la necesaria protección de la víctima en los casos en los que así se ponga de manifiesto puede traer consigo la ineludible postulación de un alejamiento. En estos casos, los problemas de protección pueden ser abordados con las previsiones generales de nuestro ordenamiento: bien comunicándolo a la Entidad Pública de Protección de Menores para que adopte las medidas de protección procedentes (arts. 17 y 18 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y artículos 172 ss. CC), bien instando una medida de protección ante el propio Juez de Menores conforme a lo previsto en el artículo 158 CC.

Conviene, por último, recordar a los señores Fiscales que, a los efectos de un adecuado control de la medida cautelar impuesta, es preciso mantener la vigencia del mandato que se contenía en la Instrucción 2/2000, de 27 diciembre, sobre «Aspectos organizativos de las Secciones de Menores de los Fiscales ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores». Entonces se estableció la necesidad de llevara de un Libro de menores sujetos a medidas con el fin de asegurar el control de los menores contra los que se acuerden medidas cautelares durante la tramitación del expediente, sean constitutivas o no de privación de libertad, así como la necesidad de que el Fiscal instructor, responsable del seguimiento de la situación personal del menor, de «tramitación preferente al expediente con menor sometido a medidas», reflejara en la carátula inicial la medida cautelar adoptada.

Los señores Fiscales deberán, pues, extremar las precauciones en la adopción, seguimiento y control de esta medida cautelar al afectar al derecho a la libertad personal del sometido a ella.

Podemos, pues, a modo de conclusiones establecer las siguientes:

- 1.º Las medidas cautelares aplicables en el proceso penal de menores son las expresamente previstas en los artículos 28 y 29 LORPM.
- 2.º Dentro de la medida cautelar de libertad vigilada cabe imponer cualquier regla de conducta que respete las exigencias legales establecidas en el artículo 7.1.h).
- 3.º Cabe imponer el alejamiento del menor maltratador respecto de la víctima como regla de conducta de la medida cautelar de libertad vigilada, orientada ésta globalmente al interés del menor dentro del contexto del proceso educativo del mismo.
- 4.º La medida cautelar de libertad vigilada acompañada de la regla de conducta consistente en el alejamiento respecto de la víctima no estará temporalmente limitada, pudiendo mantenerse durante todo el curso del proceso hasta la sentencia firme, sin perjuicio de la obligación de los Fiscales de evitar su prolongación innecesaria, instando su alzamiento tan pronto desaparezca la causa justificadora de las mismas

Instrucciones

INSTRUCCIÓN 1/2004 SOBRE RECLAMACIÓN INTERNACIONAL DE ALIMENTOS

La reclamación de alimentos en el extranjero se regula en España por diversos Convenios Internacionales, bilaterales y multilaterales, que inciden tanto sobre la determinación de la competencia para el conocimiento de los litigios, cuando exista en la reclamación un elemento «extranjero», como sobre los procedimientos aplicables para lograr la ejecución de las resoluciones extranjeras en esta materia.

La diversidad de textos convencionales en esta materia provoca problemas de determinación de la norma aplicable a los casos concretos y dificultades en su correcta aplicación.

Los Convenios aplicables a estas situaciones son básicamente, además de los bilaterales: el Convenio de Nueva York para la reclamación internacional de alimentos de 20 de junio de 1956, los Convenios de la Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias y sobre reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias de 2 de octubre de 1973, el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y comercial de 27 de septiembre de 1968, y el de Lugano de 16 de septiembre de 1988. Por otro lado, debe recordarse que el Convenio de Bruselas ha sido sustituido entre los Estados miembros vinculados a ambos Convenios por el Reglamento 44/2001 conocido como (Bruselas I) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La mayoría de los Convenios citados remiten a la legislación nacional para la determinación del procedimiento a seguir para lograr la ejecución de la resolución judicial extranjera, por lo que en España habrá que aplicar bien la Ley de Enjuiciamiento Civil para la presentación de demandas declarativas o bien la regulación sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (*exequátur*), que se encuentra en los artículos 951 a 958 de la LEC de 3 de febrero de 1881, conforme a lo dispuesto en la Disposición derogatoria de la Ley 1/2000, de 7 de enero. Algunos Convenios, como el Convenio de Bruselas de 1968 y por supuesto el Reglamento 44/01, crean a su vez prácticamente un procedimiento de *exequátur* singular como un sistema completo y autónomo.

La legitimación para instar el reconocimiento y ejecución de la resolución extranjera corresponde a los interesados, sin que se reconozca en nuestra legislación ni se mencione tampoco expresamente en ninguno de estos Convenios al Ministerio Fiscal como legitimado para solicitar el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones extranjeras. Es más, el Ministerio Fiscal aparece en la regulación del *exequátur* en nuestra ley procesal en el artículo 956 LEC como órgano dictaminador, lo que no

encaja fácilmente con la posición habitual de demandante. Tampoco se menciona al Ministerio Fiscal como legitimado para la interposición de demandas civiles en reclamación de alimentos de ciudadanos residentes en el extranjero.

Pese a todo ello, desde la entrada en vigor del Convenio de Nueva York de 1956, es costumbre la tramitación por el Ministerio Fiscal de las demandas de auxilio que le son enviadas por el Ministerio de Justicia, procedentes de las autoridades centrales extranjeras relativas a la solicitud de alimentos cualquiera que fuera el Convenio invocado.

La razón se debe a que el Convenio de Nueva York, teniendo presente la dificultad de los ciudadanos para litigar en un país en el que no residen, acuerda solucionar el problema a través de la actuación de autoridades de la Administración de los Estados que vendrían a actuar gratuitamente ante los órganos jurisdiccionales del Estado requerido en nombre o representación de las personas con derecho reconocido a alimentos.

El Convenio se refiere a diversas autoridades que intervienen en la reclamación, la primera de ellas es la autoridad remitente, órgano estatal del lugar donde se encuentra el receptor de los alimentos, que interviene a su instancia activamente, enviando la solicitud y los documentos pertinentes para que pueda formalizarse la reclamación. La autoridad intermediaria es el órgano competente del Estado en el que reside el obligado y donde debe ejercitarse la acción de reclamación. Para formalizar la reclamación, la autoridad remitente recibe de la persona con derecho a la reclamación de alimentos la solicitud junto a un poder que autorice a la autoridad intermedia para actuar en nombre del demandante.

España depositó el documento de adhesión al Convenio en la Secretaría de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1966 y el Convenio fue publicado en el *BOE* de 24 de noviembre de 1966. El 2 de noviembre de 1971 el Ministerio de Asuntos Exteriores hizo público que en el momento del depósito del Instrumento de adhesión el Gobierno español, conforme al artículo 2.º del Convenio, había designado al Ministerio de Justicia para ejercer las funciones tanto de autoridad remitente como de autoridad intermedia.

Obviamente, en cuanto organismo público, la autoridad intermedia española, el Ministerio de Justicia, carece de capacidad para actuar directamente y en la práctica los poderes del alimentista se otorgan a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

A pesar de ello, en todas las reclamaciones de alimentos amparadas por el Convenio de Nueva York ha intervenido hasta ahora, promoviendo las oportunas acciones, judiciales y extrajudiciales, el Ministerio Fiscal. La causa de esta intervención es histórica y se encontraba en la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 y en el Reglamento del Ministerio Fiscal de 1969, cuando el Ministerio Fiscal era un órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, por lo que la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1974 admitió que «el Ministerio de Justicia, como Institución Intermedia, está válidamente representado por el Ministerio Fiscal».

Sin embargo, estos argumentos, válidos en el momento en que se dictó esta sentencia en la que se dirimía la legitimación del Ministerio Fiscal para la interposición del procedimiento de reclamación de cantidad en nombre de un menor en el extranjero, no lo son en el momento actual, en el que el Ministerio Fiscal no es un órgano de representación y de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia.

La obligación legal del Ministerio Fiscal como representante legal de determinadas personas (art. 3.7 del EOMF) tampoco es suficiente por sí sola para justificar su actividad en las reclamaciones del Convenio de Nueva York, ya que los menores

beneficiarios están debidamente representados por el otro progenitor y éstos, por la autoridad intermediaria.

A mayor abundamiento, como ya se mencionaba, ni las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal contemplan la legitimación del Fiscal para la reclamación de alimentos en el extranjero, por lo que se han venido produciendo en los últimos años algunas resoluciones judiciales que deniegan la legitimación del Ministerio Fiscal para la interposición de demandas reclamando alimentos en representación de la autoridad intermedia y, por tanto, de los menores extranjeros.

De todo lo expuesto se deduce que la legitimación para la reclamación de estos alimentos, ya sea vía *exequátur* por aplicación del Convenio de la Haya de 1973 o de Bruselas de 1968, instando el reconocimiento y la ejecución de la resolución extranjera por la aplicación del Reglamento 44/01 y acudiendo a la vía extrajudicial, o judicial, ejercitando acciones declarativas o instando *exequátur* por aplicación del Convenio de Nueva York, corresponde al interesado o al Abogado del Estado en representación del Ministerio de Justicia como autoridad intermedia.

Esta conclusión ha sido puesta de manifiesto por la Fiscalía General del Estado al Ministerio de Justicia, que a la vista de la ausencia de legitimación del Ministerio Fiscal remite actualmente las nuevas solicitudes de reclamación de alimentos procedentes del extranjero a la Abogacía del Estado, una vez que en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, se ha modificado el artículo 9 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas para atribuir a los Abogados del Estado la posibilidad de asumir la representación y defensa del Estado, sus organismos autónomos, entidades públicas de ellos dependientes en procedimientos arbitrales y otras reclamaciones extrajudiciales de naturaleza nacional o internacional.

Sin embargo, en este momento las Fiscalías se encuentran tramitando por la vía judicial y extrajudicial multitud de asuntos de reclamación de alimentos en los que o bien no se ha cuestionado la legitimación del Fiscal o en vía extrajudicial se abonan los alimentos de forma voluntaria por el obligado a prestarlos de forma que la autoridad remitente no ha solicitado el ejercicio de acciones judiciales. Durante este período transitorio y teniendo en cuenta que desde ahora el Fiscal no iniciará nuevas reclamaciones, no parece oportuno paralizar súbitamente la tramitación de los expedientes abiertos, ya que ello sería fuente de retrasos y redundaría en perjuicio del menor con derecho a alimentos que durante el tiempo del traslado del expediente al Ministerio y el inicio de una nueva tramitación por la Abogacía del Estado vería paralizada su reclamación.

En consecuencia, los Fiscales seguirán contestando a las solicitudes de información que se les dirijan desde la Fiscalía General sobre los expedientes pendientes mientras no se les reclame la devolución del mismo. Igualmente, continuarán tramitando judicialmente las demandas interpuestas ante los Tribunales, siempre que no se plantee por el Tribunal o alguna parte la ausencia de legitimación. Asimismo mantendrán abiertos extrajudicialmente los expedientes de alimentos que ya se hubieran iniciado, hasta el momento en el que se plantee la necesidad de realizar una reclamación judicial, bien presentando una demanda declarativa, solicitando el *exequátur* o la declaración de ejecutividad de la resolución judicial extranjera, en cuyo caso los Fiscales remitirán a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado el expediente de alimentos con la documentación original, indicando las razones por las que consideran agotada la vía extrajudicial e imprescindible el ejercicio de acciones judiciales.

INSTRUCCIÓN 2/2004, SOBRE EL TIEMPO DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

I. INTRODUCCIÓN

El cómputo de los plazos procesales adquiere una decisiva importancia en la tramitación de ciertos procedimientos, que se declaran sumarios, y en los que el transcurso del tiempo adquiere una importancia trascendental.

Por lo demás, las últimas reformas procesales han afectado decisivamente a esta materia, por lo que no estará de más realizar un breve repaso de las normas que la LECrim y otras disposiciones legales dedican a la regulación del tiempo de las actuaciones procesales. A tal efecto, dividiremos nuestra exposición en dos apartados estrechamente imbricados: el primero trata de los días y horas en que pueden practicarse válidamente los actos procesales, y el segundo del momento o lapso de tiempo concedido, legal o judicialmente, para la realización de cada acto en particular.

II. EL TIEMPO HÁBIL DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

La validez de las actuaciones judiciales supone su realización por el órgano jurisdiccional competente en día y hora hábil (art. 130 LEC).

Tras la reforma operada en la LOPJ por LO 19/2003, de 23 de diciembre (arts. 182 y 183), son horas hábiles las comprendidas entre las ocho de la mañana a las ocho de la tarde de todos los días del año, con las excepciones siguientes:

- 1.^a Los sábados y domingos;
- 2.^a Los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los declarados festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad;
- 3.^a El mes de agosto.

Este régimen general de las actuaciones judiciales no rige, sin embargo, para las diligencias sumariales de los Jueces de Instrucción –y, por extensión, a las diligencias preliminares de investigación del Ministerio Fiscal–, es decir, aquellas que están encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (art. 299 LECrim), las cuales se pueden llevar a cabo en cualquier día y hora (arts. 184.1 LOPJ y 201 LECrim).

Tampoco quiere decir esto que fuera de la instrucción criminal no se puedan practicar diligencias cuya demora pueda causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia, o provocar la ineficacia de una resolución judicial (art. 131.2 LEC), pero para que dichas diligencias puedan realizarse válidamente en día u hora no hábiles es preciso que hayan sido declaradas urgentes por las leyes procesales (art. 183 LOPJ); se proceda a una habilitación reglamentaria por el Consejo General del Poder Judicial, en aquellos casos no previstos expresamente por las leyes (arts. 182.1 y 183 LOPJ); o, finalmente, se haga una habilitación especial por el Juez o Tribunal competente (art. 184.2 LOPJ).

Veamos cómo puede ser aplicada esta normativa a la tramitación de los nuevos procedimientos abreviados, rápidos y de faltas, introducidos en la LECrim por la Ley 38/2002, de 24 de octubre.

A) El procedimiento abreviado

Como es de conocimiento común, el procedimiento abreviado se divide en tres fases: a de instrucción, la fase intermedia o juicio de acusación y el juicio oral.

Pues bien, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, todos los días y horas serán hábiles para la instrucción de la causa, mientras que una vez abierta la fase intermedia, —que se inicia con el auto del art. 779.5.ª LECrim, por el que el Juez de Instrucción ordena la continuación del procedimiento abreviado (STC 186/1990, de 15 de noviembre)—, los posteriores actos procesales, salvo habilitación reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial o especial del Juez o Tribunal, no se podrán llevar a efecto en hora y día considerados, con carácter general, inhábiles. Es decir, de ocho de la tarde a ocho de la mañana, en sábados o domingos, demás días festivos o durante el mes de agosto.

A estos efectos, señaló la STS de 7 de febrero de 1994 que, «si bien es cierto que el artículo 184.1 LOPJ establece que todos los días del año y todas las horas son hábiles en la jurisdicción criminal sin necesidad de habilitación especial, ello es sólo, como expresamente consigna, para la instrucción de las causas, y es obvio que no tiene tal concepción el período intermedio de un proceso penal, como el del caso, que se abre con el traslado de las diligencias practicadas al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas para que soliciten la apertura del juicio oral y formulen acusación».

B) Los juicios rápidos

Como el procedimiento abreviado, los juicios rápidos también constan de tres fases, siendo las dos primeras —de instrucción e intermedia— competencia del Juez de Instrucción y la tercera, o fase decisora, del Juez de lo Penal.

En principio podríamos pensar que el procedimiento abreviado y los juicios rápidos también comparten las mismas normas sobre el tiempo de las actuaciones judiciales, ya que la sumariedad de trámites del nuevo proceso para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos no cabe identificarla con la urgencia procesal a que se refiere el artículo 183 LOPJ, por lo que —y siempre a salvo de habilitaciones judiciales especiales—, una vez concluidas las diligencias urgentes de investigación criminal a que se refiere el artículo 797 LECrim, las demás actuaciones judiciales deberían ajustarse a las normas temporales generales, esto es, habrían de practicarse necesariamente en día y hora hábil.

Sin embargo, es la propia LECrim la que introduce importantes especialidades sobre esta materia, ya que si el Juzgado de Instrucción ha de practicar dentro del servicio de guardia no sólo las diligencias urgentes de investigación (art. 797 LECrim), sino también gran parte de la fase intermedia —la comparecencia con la que se concluye la instrucción del art. 798 LECrim y el trámite de calificación provisional, que se ha de practicar dentro del mismo acto, según se desprende de lo dispuesto en el art. 800.1 y 2 LECrim—, habremos de admitir la naturaleza urgente de todas las actuaciones procesales que el Juzgado de Instrucción está obligado a practicar dentro del

mencionado servicio ordinario de guardia, no existiendo para ellas días y horas inhábiles.

A esta misma conclusión parece llegar el artículo 40.1 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, modificado por el Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 febrero, que identifica servicio de guardia del Juzgado de Instrucción con diligencias urgentes, cuando dice que «constituye el objeto del servicio de guardia la recepción e incoación, en su caso, de los procesos correspondientes a los atestados, denuncias y querellas que se presenten durante el tiempo de guardia, la realización de las primeras diligencias de instrucción criminal que resulten procedentes, entre ellas las medidas cautelares de protección a la víctima, la adopción de las resoluciones oportunas acerca de la situación personal de quienes sean conducidos como detenidos a presencia judicial, la celebración de los juicios inmediatos de faltas previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la tramitación de diligencias urgentes y de otras actuaciones que el título III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye al Juez de guardia y, en general, la práctica de cualesquiera otras actuaciones de carácter urgente o inaplazable de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de Instrucción.

Todas estas actuaciones se entenderán urgentes a los efectos del artículo 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

Sensu contrario, no deben entenderse diligencias urgentes aquellas que se practiquen por el Juzgado de Instrucción una vez concluido el servicio de guardia, las cuales deberán ajustarse a las normas temporales comunes, esto es, deberán practicarse en día y hora de los calificados o considerados hábiles. Así sucederá, por ejemplo, cuando, ante la petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal, el Juez de guardia decida emplazar a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno (art. 801.1, en relación con el art. 782 LECrim), o cuando haya de reclamar la calificación del superior jerárquico del Fiscal de guardia (art. 801.5).

Por lo expuesto, podemos concluir el presente apartado con dos sintéticas afirmaciones:

Primera. En su calidad de diligencias urgentes, todos los días y horas son hábiles para la práctica de las actuaciones procesales, instructoras o no, que realice el Juzgado de Instrucción dentro del servicio de guardia.

Segunda. Salvo habilitación reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial (arts. 182.1 y 183) o especial del Juez o Tribunal (art. 184.2 LOPJ), las diligencias no instructoras que practique el Juzgado de Instrucción una vez concluido el servicio de guardia (*vid.* art. 801.2, 4, 5 y 6 LECrim) y todas las que correspondan a otros órganos jurisdiccionales habrán de realizarse necesariamente en día y hora de los contemplados o calificados como hábiles.

Quiere esto decir, por ejemplo, que los Juzgados de lo Penal no podrán celebrar juicios rápidos en sábado o día festivo (los señalamientos se realizarán de lunes a viernes, según el art. 47.2 Reglamento 5/1995) o durante el mes de agosto –salvo que, en lo que se refiere a este último, medie una habilitación reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial (*vid.* art. 59 ter Reglamento 5/1995)–, ni los Juzgados de Instrucción requerir la calificación del superior jerárquico del Fiscal de guardia en día inhábil.

C) Los juicios de faltas

Para los juicios de faltas habremos de realizar un razonamiento semejante. Serán hábiles todos los días del año para el enjuiciamiento inmediato de las faltas durante el servicio ordinario de guardia (arts. 963 y 964 LECrim), según reconoce, por otra parte, el artículo 48 del Reglamento 5/1995.

Sin embargo, los señalamientos que deban tener lugar fuera del servicio de guardia, a que se refiere el artículo 965 LECrim, deberán tener lugar en día y hora de los calificados como hábiles (el señalamiento se realizará para días laborables y dentro de las horas de audiencia, según el art. 47.3 Reglamento 5/1995).

III. EL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS PROCESALES: TÉRMINO Y PLAZO

Aunque la LECrim utiliza indistintamente los conceptos de término y plazo, cabe distinguir entre el momento señalado para la realización de un acto procesal, o término, y el período de tiempo durante el que se puede llevar a cabo válidamente dicha actividad o plazo.

El cómputo de los plazos concedidos a las partes procesales adquiere una considerable relevancia práctica, en especial cuando su incumplimiento puede dar lugar al archivo definitivo del procedimiento (*vid.* art. 800.5 LECrim). No estará de más, por tanto, realizar un sintético recordatorio de las reglas esenciales que rigen sobre el particular:

1.^a Las actuaciones judiciales que no tengan señalado término ni plazo se han de practicar sin dilación y de inmediato (art. 132.2 LEC).

2.^a Aquellas para las que se haya previsto un plazo deberán ser ejecutadas dentro de él (art. 132.1 LEC).

3.^a En el cómputo de los plazos señalados por días se excluirán los inhábiles y si concluyeren en domingo o día inhábil se entenderán prorrogados hasta el siguiente hábil (arts. 5 CC y 133.2 LEC).

4.^a Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo (art. 133.1 LEC), se haya éste practicado en los estrados del Juzgado, fuera de ellos o por correo certificado con acuse de recibo (art. 166 LECrim).

Esta regla general tiene una sola excepción: las notificaciones fuera de estrados o por correo destinadas a la Abogacía del Estado o al Ministerio Fiscal o aquellas que se hayan practicado a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores. En esta clase de notificaciones, como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 5 de abril, interpretando el artículo 151.2 LEC, «el día inicial del cómputo de los plazos procesales será el segundo día hábil posterior a la fecha de recepción que conste en la diligencia, pues la comunicación se entenderá producida no en la fecha misma de recepción de la diligencia, sino en el siguiente día hábil.

A este respecto, se ha de entender que la recepción se produce cuando la diligencia de comunicación es sellada de entrada en Fiscalía por funcionario autorizado, en congruencia con el criterio fijado en la Consulta 3/1994, de 29 de noviembre, en relación con la recepción de resoluciones y testimonios por vía postal».

5.^a En el cómputo de los plazos se contará el día de vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas (art. 133.1 LEC). Aunque la presentación de escritos sujetos a plazo, —en lo que constituye una trascendental novedad— podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo (entre otros AATS, Sala de lo Penal, de 12 de febrero de 2003, y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 septiembre 2003), en la Secretaría del Tribunal o, de existir, en la oficina o servicio central que se haya establecido (art. 135.1 LEC).

Los escritos también pueden remitirse por fax, correo electrónico o cualquier otro medio técnico que garantice la autenticidad de la comunicación y deje constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y de la fecha en que se hicieren, acusándose recibo del mismo modo (art. 135.5 LEC).

6.^a Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte, se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Secretario Judicial dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y acordará lo que proceda o dará cuenta al tribunal a fin de que dicte la resolución que corresponda (art. 136 LEC).

INSTRUCCIÓN ACLARATORIA EN RELACIÓN A LOS DÍAS HÁBILES PARA LA CELEBRACIÓN DE JUICIOS RÁPIDOS

La instrucción de la Fiscalía general 2/2004, relativa al tiempo de las actuaciones procesales, establecía en la segunda conclusión de su apartado II B), en relación con el tiempo hábil para la celebración de juicios rápidos por los Juzgados de lo Penal, que, por tratarse de actividades no instructoras, no podrían celebrarse en sábado o día festivo o durante el mes de agosto, salvo que, en lo que se refiere a este último, mediase una habilitación reglamentaria del CGPJ de conformidad con lo previsto en el artículo 59 ter del Reglamento 5/95 de dicho Consejo.

Sobre tal cuestión, en resolución de fecha 29 de mayo de 2003, la Comisión de Seguimiento de Juicios Rápidos del CGPJ en virtud de la habilitación conferida al efecto por el Pleno del Consejo en acuerdo de 29 de abril, determinó lo siguiente:

«Las actuaciones judiciales, incluso la celebración de juicios que sean precisos como consecuencia de la aplicación de la Ley 38/2002 de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECrim, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, deben considerarse, por la propia naturaleza de dicha ley, urgentes a los efectos previstos en el capítulo II del título I de la LOPJ (arts. 182 a 185).»

En consecuencia, estando cumplido el requisito de la habilitación expresamente previsto en los artículos 182 y 183 citados, deben considerarse como hábiles para la celebración de juicios rápidos tanto el mes de agosto como los períodos de Navidad y Semana Santa, debiendo la Fiscalía adoptar las prevenciones oportunas para la atención de los señalamientos que pudieran producirse en tales fechas.

Lo que pongo en su conocimiento, que deberá hacer extensivo a todos los miembros de la plantilla de esa Fiscalía, rogándole acuse de recibo.

INSTRUCCIÓN 3/2004 SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA DESAPARICIÓN DEL SECRETARIO EN LAS SECCIONES DE MENORES DE FISCALÍA

I. INTRODUCCIÓN

1. El sistema anterior a la Reforma 19/2003

La figura del Secretario de las Fiscalías fue suprimida por la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), por medio de su disposición transitoria 22.

La recuperación de los Secretarios fue una constante reivindicación, y así en el Libro Blanco de mayo de 1995, al tratar la Oficina del Ministerio Fiscal, se exigía la existencia de la figura del Secretario como responsable de personal y de la gestión de medios materiales y económicos, y en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2000, y dentro del apartado de «Propuestas de reformas legislativas», se postulaba reimplantar el Secretario de las Fiscalías o bien la creación de un Cuerpo de funcionarios *ex novo*. Sin embargo, esta figura nunca llegó a recuperarse con carácter general.

En el ámbito de la jurisdicción de menores y como consecuencia de la atribución al Fiscal de las funciones de instrucción, éste asumió algunos cometidos que tradicionalmente eran competencia de los Secretarios. Ello explica que en la reunión de Fiscales de Menores celebrada en Madrid en diciembre de 1997 se reclamara como imprescindible la figura del Secretario en Fiscalía.

La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM) no incorporó ninguna previsión sobre el Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía. Algunos preceptos de la misma atribuyen al Fiscal funciones tradicionalmente encomendadas a los Secretarios. Así, el artículo 16.2 LORPM otorga al Fiscal la función de custodiar las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos.

La creación posterior –por LO 9/2000– de la figura del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía se articuló por medio de la reforma de los artículos 473 y 476 LOPJ. La reforma tuvo su génesis en la enmienda núm. 43 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, que la justificó en base a que «la atribución al Ministerio Fiscal de funciones instructoras (arts. 6, 18, 19 y 23)... exige la asistencia del Secretario Judicial en los términos semejantes a los órganos judiciales que actualmente tiene asumida la instrucción».

El anterior artículo 473, redactado conforme a la LO 9/2000, establecía en su apartado 1.º que los Secretarios Judiciales ejercen la fe pública y asisten a los Jueces, Tribunales y Secciones de Menores de las Fiscalías, en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo establecido en esta Ley y restante legislación vigente. Por su parte, el artículo 476 en su apartado 5.º disponía que, cuando existan, las Secretarías de las Secciones de Menores de las Fiscalías se cubrirán con funcionarios de la segunda categoría. En caso contrario, serán asistidas por los Secretarios de los Juzgados de Menores.

Por tanto, el artículo 476.5 LOPJ, introducido por la reforma 9/2000, reguló una singular fórmula de sustitución y de cobertura de plazas, estableciendo que, de no existir Secretario Judicial en las Secciones de Menores de las Fiscalías, serían atendidas por los Secretarios de los Juzgados de Menores.

Esta creación posterior de la figura del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía también generó fuertes críticas, pues se entendía que con esta ubicación se desnaturalizaba su función y naturaleza jurídica, partiendo de que en la Fiscalía no había necesidad de fe pública judicial y que en el ámbito de la Fiscalía no podía desplegar su función procesal, llegándose a la conclusión de que en la Fiscalía el Secretario sólo podía funcionar como un mero gestor y administrador de una oficina. También se impugnaba la posibilidad de que el Secretario Judicial pudiera expedir testimonios de actuaciones no estrictamente judiciales.

Lo cierto es que nunca llegaron a crearse las plazas de Secretarios en Fiscalía y la fórmula de asistencia sustituida por parte de los Secretarios de los Juzgados de Menores generó disfunciones e insatisfacciones. Así, en el Seminario de Jueces de Menores organizado por el CGPJ en abril de 2001 se llegó a la conclusión de que en las Fiscalías de Menores debían existir Secretarios distintos de los de los Juzgados de Menores por ser imposible tanto desde el punto de vista material como desde el procesal compartir ambas funciones.

Por tanto, solamente tuvo virtualidad –variable, dependiente en muchos casos de la disposición personal del Secretario– la previsión de que el propio Secretario del Juzgado de Menores asistiera a las Secciones de Menores de Fiscalía.

La Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, de la FGE *sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de los menores*, afirmaba, respecto de las funciones de los Secretarios en las Secciones de Menores, que, «sin perjuicio de las que específicamente les encomienda el Fiscal Jefe respectivo, serán las recogidas en los artículos 279 y 473 de la LOPJ, y que se concretan en los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 del citado Reglamento». Así, la Instrucción les atribuyó: 1) la expedición de copias certificadas o testimonios de las actuaciones judiciales no secretas ni reservadas a las partes interesadas bajo su responsabilidad; 2) la práctica de las notificaciones y demás actos de comunicación y de cooperación judicial; 3) la guarda y depósito de la documentación, su archivo y la conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como la responsabilidad del depósito de las cantidades, valores, consignaciones y fianzas que se produzcan, y 4) la confección de la estadística.

La Instrucción 2/2000 admitía, no obstante, la habilitación en un oficial de la Fiscalía en los términos del artículo 9 del Reglamento del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

2. La Reforma 19/2003

Tras la reforma operada por LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se da una nueva regulación a la figura del Secretario.

El título II del Libro V se dedica ahora a los Secretarios Judiciales. El artículo equivalente al antiguo artículo 473 es el artículo 453, que omite cualquier referencia al secretario en las Secciones de Menores. En los siguientes artículos se desarrollan otras funciones del Secretario Judicial, pero sin que tampoco se contenga ninguna referencia a las Secciones de Menores de las Fiscalías.

La supresión de toda referencia a los Secretarios en las Secciones de Menores implica, en definitiva, su efectiva desaparición, abarcando las dos modalidades introducidas por la LO 9/2000.

Tampoco parece que sea posible la habilitación en un oficial de la Fiscalía postulada por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2000.

Si el artículo 282 LOPJ en su redacción anterior a la reforma 19/2003 disponía que «... los Secretarios podrán habilitar a uno o más Oficiales para que autoricen las actas que hayan de realizarse a presencia judicial, así como las diligencias de constancia y de comunicación», añadiendo el apartado 2.º que «estas habilitaciones subsistirán mientras no sean revocadas, la responsabilidad de la autenticidad de los hechos o actos acreditados recaerá sobre el Oficial autorizante», es lo cierto que tras la reforma el nuevo artículo 452 LOPJ dispone en su inciso segundo que las funciones de los Secretarios Judiciales «no serán objeto de delegación ni de habilitación...» Por su parte, la Disposición adicional sexta de la LO 19/2003, bajo la rúbrica «supresión de habilitaciones», dispone que, «a partir de la fecha de entrada en vigor de esta ley, quedan sin efecto las habilitaciones concedidas al amparo del artículo 282.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985».

Ha de abordarse, por tanto, en la presente Instrucción la incidencia de esta desaparición en las Secciones de Menores, tanto en los aspectos procesales como en los aspectos de gestión material o de organización del servicio.

II. ASPECTOS PROCESALES

Desde el punto de vista de la instrucción del procedimiento, la cuestión de mayor trascendencia en relación con la función del Secretario era la de si éste había de intervenir en su calidad de fedatario en las diligencias de investigación que practicara por sí el Fiscal. La conclusión de la Instrucción 2/2000 fue negativa, al entender que la presunción de autenticidad que ampara a las diligencias del Fiscal, reconocida en el artículo 5 EOMF, hacía innecesaria la presencia de otros funcionarios.

La Circular 1/1989, de 8 marzo, *sobre cuestiones relacionadas con el procedimiento abreviado introducido por la Ley 7/1988*, mantuvo en relación con las diligencias reguladas en el art. 785 bis (actual art. 773.2 LECrim) —con argumentos que son perfectamente trasladables a las diligencias instructoras del Fiscal de Menores— que no debía intervenir ningún funcionario actuando como Secretario, pues ni se disponía de Secretario Judicial, depositario de la fe pública, ni las diligencias de la investigación del Fiscal precisan de ese aval, pues no han de hacer prueba. Se recordaba que las diligencias del Fiscal gozan de presunción de autenticidad fundada en el hecho de que el Fiscal obra bajo los principios de legalidad e imparcialidad, por lo que su actuación se presume ajustada a la Ley y realizada objetivamente. Para la Circular 1/1989 esta presunción de autenticidad es una presunción *iuris tantum* y su significado implica que la diligencia goza del beneficio de la verdad formal, hace fe de que la diligencia efectivamente se realizó y que su resultado es el que consta reflejado documentalmente, pero no hace fe de la verdad material, esto es, no obliga a que se tenga que tomar necesariamente como cierto su contenido, haciendo prueba plena. En consecuencia, «las diligencias investigadoras se encuentran, por ello, en una posición intermedia entre el simple atestado policial y la propia investigación judicial. Trascienden el carácter de mera denuncia, y aun de declaración testifical, que el artículo 297 concede a los atestados; participan el valor informativo para la fundamentación de la acusación, a efectos de acordarse el pase al enjuiciamiento que es propio de la instrucción judicial; pero carecen del valor probatorio de las diligencias practicadas de forma contradictoria ante el Juez de instrucción».

La Instrucción 2/2000 siguió esta línea argumental pese a haberse dictado ya tras la creación (en un plano legal al menos) de la figura de los Secretarios en las Fiscalías de Menores. Así se mantenía que «... las diligencias de investigación del Fiscal no

precisan del aval del Secretario Judicial que dé fe de ellas porque no han de hacer prueba, carecen del valor probatorio de las diligencias practicadas de forma contradictoria ante el Juez de Instrucción... el Ministerio Fiscal... no es un órgano jurisdiccional y, en consecuencia, no puede anticipar la prueba que ha de servir para fijar los hechos probados en sentencia; la única prueba de cargo eficaz para hacer exigible la responsabilidad penal es la que se practica en la vista oral de la audiencia, la instrucción del expediente constituye un mero trabajo preparatorio... todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozan de presunción de autenticidad. (art. 5 del Estatuto).

Por ello la Instrucción concluía con que «... las diligencias de procedimientos de menores, necesariamente, han de ser practicadas siempre ante el Fiscal instructor, y no requerirán para su validez de la intervención de ningún otro funcionario, debiendo observarse en la forma de esos actos todas las garantías legales».

La Instrucción distinguía ciertas diligencias en las que, atendiendo a su importancia y al hecho de que aun no siendo prueba preconstituida participan de alguna manera en sus caracteres, sería conveniente que el Fiscal actuara en presencia del fedatario judicial: así refería que «no obstante, en determinadas actuaciones de la instrucción del expediente de menores (diligencias de reconocimiento, inspecciones oculares...), la presencia de Secretario puede adquirir otra dimensión».

La conclusión de la Instrucción no puede menos de considerarse razonable y ponderada en un escenario orgánico en el que la Sección de Menores podía disponer de un Secretario. Tras la reforma de la LOPJ y habiéndose suprimido esta nunca del todo operativa figura, cabe afirmar que el Fiscal de Menores podrá también practicar estas diligencias (reconocimientos, inspecciones oculares) sin necesidad de auxilio de Secretario, bajo el manto del principio de autenticidad que ampara sus actos y en el bien entendido de que, si por las circunstancias concurrentes lo que procede es preconstituir la prueba (v. gr. porque el testigo que va a intervenir en la diligencia de reconocimiento en rueda es extranjero y va a abandonar España) habrá de solicitarse la intervención no del Secretario, sino del Juzgado de Menores (integrado por el titular del órgano jurisdiccional y por el Secretario Judicial).

En efecto, si bien la LORPM trata de mantener al Juez de Menores al margen de la instrucción, atribuyendo la dirección y la investigación y la iniciativa procesal al Ministerio Fiscal, imperativos constitucionales impiden llevar estos planteamientos hasta sus últimas consecuencias, pues nunca un órgano no investido de *iurisdictio* como el Ministerio Fiscal puede adoptar resoluciones que incidan en el ámbito de los derechos fundamentales. El artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dedicado a las «diligencias informativas» que con carácter general puede incoar el Ministerio Fiscal establece que no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. En relación con el procedimiento de menores, el artículo 23.3 LORPM establece que el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones. El Juez de Menores debe resolver sobre esta petición por auto motivado, documentándose la práctica de las diligencias en pieza separada.

Dentro de estos supuestos han de incluirse las autorizaciones de entrada y registro en domicilios, las autorizaciones para la interceptación de comunicaciones, y en ciertos supuestos las intervenciones corporales, al poder quedar afectado el derecho a la integridad e intimidad personal. También ha de incluirse en el régimen del artículo 23 –y es el supuesto que ahora interesa– la preconstitución de la prueba.

La preconstitución de la prueba, en tanto en cuanto supone, no una diligencia de investigación, sino un verdadero acto de prueba, deberá ser realizada necesariamente

con la intervención del Juez de Menores. Así, la STC 40/1997, de 27 de febrero (con cita de la STC 303/1992), exige como requisito para admitir este tipo de pruebas el de «que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de instrucción».

Por tanto, en cuanto a la trascendencia de la desaparición de la figura del Secretario, desde el punto de vista procesal, no ha de tener ninguna incidencia práctica en la labor de investigación del Fiscal, ni siquiera respecto de ruedas de reconocimiento e inspecciones oculares.

Debe, en todo caso hacerse recordatorio de la *conditio* que la Circular 1/1989 exigía para que las diligencias gozaran de la presunción de autenticidad: habrán de ser practicadas bien por el propio Fiscal, bien bajo su dirección y en su presencia.

Por lo demás, recientemente ha tenido oportunidad de pronunciarse el TC sobre el valor de las diligencias instructoras del Fiscal: la STC 206/2003, de 1 de diciembre, les otorga un valor netamente superior a las diligencias puramente gubernativas o policiales sin que este *plus effectum* esté anudado a la intervención de Secretario, recordando que «la posición institucional del Ministerio Fiscal es muy distinta de la de la policía», pues «se trata de un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (art. 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo), que ejerce sus funciones, conforme al artículo 124.2 CE, con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad». El TC también recuerda que conforme a lo previsto en el artículo 5 EOMF «todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de la presunción de autenticidad»... «en el procedimiento de menores corresponden al Fiscal las actuaciones de investigación que, si bien formalmente no son sumariales, desde el punto de vista material implican una instrucción funcionalmente equiparable a la del sumario, por lo que, dadas las características del Ministerio público, gozan de la presunción de autenticidad»... y por ello «ha de admitirse la aptitud constitucional de la declaración del menor ante el Fiscal de Menores para incorporarse por la vía del artículo 714 LECrim al acervo probatorio a tener en cuenta por el juzgador a la hora de formar su convicción».

A la vista de la presunción de autenticidad que la Ley y la doctrina constitucional predicán de las diligencias del Ministerio Público, los señores Fiscales habrán de emplear el máximo rigor para que las actas de declaración prestadas en la fase de instrucción tanto por menores imputados como por testigos sean fiel y exacto trasunto de lo acontecido.

Otra de las funciones tradicionales del Secretario Judicial es la de impulsar el procedimiento, conforme prevé el nuevo artículo 456 LOPJ. Esta función en fase de instrucción fiscal tampoco generará problemas, toda vez que el artículo 6 LORPM expresamente la atribuye al Fiscal. Incluso la desaparición de la figura del Secretario guillotina potenciales perturbaciones que podría haber generado la pervivencia de la misma sin una correlativa reforma del referido artículo 6 LORPM.

En relación con la función de dación de cuenta, ya quedaba resuelta por la Instrucción 2/2000, que no la atribuía a los Secretarios, sino que disponía que «el personal colaborador deberá dar cuenta al Fiscal de los escritos y documentos que se presenten en los expedientes o diligencias preliminares de las que estén encargados, correspondiéndoles la llevanza de libros y registros, documentación e igualmente la conservación de las actuaciones, responsabilizándose de la autenticidad de los hechos o actos que acrediten (art. 282.2 LOPJ)».

Las diligencias de constancia serán también función de los oficiales, conforme a los criterios sentados por la Instrucción 2/2000, o, en su defecto, de los auxiliares (arts. 106

y 112 del Reglamento 437/1969, de 27 de febrero, y art. 41 de la Ley 30/1992, Instrucción 1/2003 FGE).

En cuanto a la práctica de las notificaciones y demás actos de comunicación y de cooperación habrán de acordarse por el Fiscal y cumplimentarse por el personal auxiliar de Fiscalía.

III. ASPECTOS DE GESTIÓN

La jefatura del personal colaborador de la Sección de Menores (abarcando personal auxiliar e integrantes de los Equipos Técnicos) será ejercida por el Fiscal Jefe, sin perjuicio de las delegaciones que éste pueda acordar (en el Fiscal Coordinador de menores, previsto en la Instrucción 2/2000 y en el Real Decreto 391/1989 o en el futuro Fiscal Delegado, introducido por la Reforma del EOMF operada por Ley 14/2003, de 26 de mayo). La Instrucción 2/2000 disponía al respecto que «el Fiscal Jefe podrá designar un Fiscal entre los integrantes de la Sección de Menores que, además de ejercer los cometidos propios de cualquier Fiscal, tendrá la responsabilidad de coordinar las actividades propias del Servicio... Regulará también el trabajo del personal colaborador, sin perjuicio de las funciones que al Secretario o funcionario habilitado correspondan».

En cuanto a la guarda y depósito de la documentación, su archivo y la conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes habrán de ejecutarse por el personal auxiliar de Fiscalía, bajo la dirección del Fiscal. Ésta es una función tradicionalmente asumida por los Secretarios, y que pervive en el nuevo artículo 459 LOPJ, que dispone que «los Secretarios Judiciales responderán del depósito de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como del de las piezas de convicción en las causas penales, en los locales dispuestos a tal fin...». Sin embargo, la LORPM expresamente la atribuye en fase de instrucción al Fiscal en su artículo 16, por lo que no existe ningún problema de cobertura legal para que el Fiscal asuma tal función. Una vez remitido el expediente al Juzgado, habrán de ponerse a disposición de éste todos los efectos intervenidos. Deben recordarse aquí las admoniciones de la Circular 1/2000, que tras la supresión del Secretario de las Secciones pasan de provisionales a definitivas: *«las distintas Fiscalías, pues, habrán de extremar las medidas que garanticen la custodia de aquéllas y que aseguren su envío y recepción por el Juzgado de Menores... resulta indispensable que la custodia y envío de aquellos efectos se aparte de una concepción burocrática que perjudique la celeridad en la remisión y, lo que puede ser más importante, que alimente dudas acerca de su coincidencia con las piezas y efectos que hubieran sido intervenidos durante la fase de instrucción».*

En cuanto a las funciones de expedir copias de las actuaciones no secretas ni reservadas a las partes interesadas, deben hacerse varias consideraciones: En primer lugar, deben nuevamente recordarse las previsiones de la Instrucción 2/2000: «el personal colaborador bajo cuya custodia se encuentren los expedientes, previa autorización expresa o tácita del Fiscal de acuerdo con las instrucciones que haya recibido, y salvo impedimento por haberse acordado el secreto, será el encargado de «dar vista del expediente» al letrado designado para la defensa del menor o perjudicado (arts. 23.2 y 25 de la Ley), mediante visualización directa en dependencias de la oficina fiscal, o entregando copia de lo actuado».

Además, procederá también la expedición cuando, habiéndose archivado el procedimiento en Fiscalía, se soliciten copias para entablar acciones civiles.

El artículo 140 LEC puede aplicarse analógicamente *mutatis mutandi* en cuanto dispone que los Secretarios Judiciales y personal competente al servicio de los tribunales facilitarán a cualesquiera personas que acrediten un interés legítimo cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer. También podrán pedir aquéllas, a su costa, la obtención de copias simples de escritos y documentos que consten en los autos.

Tradicionalmente el proceso de menores ha sido territorio vedado para terceras personas. Así, el Reglamento de ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, de 11 de junio de 1949, en su artículo 43 disponía que «no podrán expedirse certificaciones de las diligencias practicadas por el Tribunal en los expedientes de corrección de menores, ni aun para utilizar como prueba en el procedimiento civil que se promoviere; pero el Juzgado competente podrá pedir de oficio certificación del acuerdo por lo que respecta a la participación de un menor en el hecho que sirviese de fundamento a la reclamación civil a fin de que el fallo del Tribunal sirva de base en el procedimiento».

Sin embargo, la Disposición final quinta de la LO 5/2000 ha derogado el referido Reglamento. En la actualidad debe entenderse que pueden expedirse en estos casos las copias reclamadas por el perjudicado, salvo en extremos que puedan afectar a la intimidad del menor infractor y que no sean relevantes para la reclamación civil no solamente por el Juzgado de Menores, sino también por la Fiscalía cuando a ésta le corresponda la custodia de las actuaciones, por haberse archivado el procedimiento en fase de Diligencias Preliminares. Y ello en base a que con la nueva LO 5/2000 se introduce en el propio procedimiento de menores un principio de protección de la víctima (*pro victima*). Si al perjudicado se le dan amplias posibilidades en el procedimiento de menores, parece lógico que también se le facilite el ejercicio de la acción civil fuera de tal procedimiento, sin restricciones que ya no tienen fundamento legal.

En todo caso, cuando la solicitud del perjudicado se refiera a un expediente que desde la Fiscalía haya sido remitido ya al Juzgado de Menores, habrá de ser este órgano jurisdiccional el que atienda las peticiones de información para posibilitar plantear la demanda civil.

En este punto debe hacerse un recordatorio de la Recomendación del Defensor del Pueblo, dirigida a los Fiscales y contenida en su informe sobre *Un año en la aplicación de la LORPM*, relativa a «que, de mantenerse el actual sistema de ejercicio de la acción civil (arts. 61 a 64 de la Ley Orgánica 5/2000), los miembros del Ministerio Fiscal faciliten a los perjudicados que no se hayan presentado en el procedimiento contra el menor los datos necesarios para que aquéllos puedan plantear la demanda civil correspondiente, en los casos en los que expresamente exista una reserva de acciones civiles».

En cuanto a la confección de la estadística, el régimen será el común de la confección de estadísticas en la Fiscalía.

En relación con el depósito de cantidades y valores, el nuevo artículo 459.2 LOPJ dispone con carácter general que los Secretarios Judiciales responderán del debido depósito en las instituciones que se determinen de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan, siguiendo las instrucciones que al efecto se dicten.

En el proceso de menores ha de tenerse presente que no cabrán fianzas ni consignaciones, salvo las que puedan acordarse en la pieza separada de responsabilidad civil en la que, estando encomendada su tramitación al Juez de Menores, será al órgano jurisdiccional a quien corresponda decidir sobre su procedencia y ejecución material.

El depósito de numerario quedará, pues, prácticamente reducido al que pueda intervenir durante la fase de instrucción al imputado. En relación con el mismo, será el Fiscal quien habrá de acordar lo que proceda y, con la colaboración del personal

auxiliar, ingresarlo en la cuenta de consignaciones, poniéndolo a disposición del Juzgado de Menores una vez se remitan las actuaciones bien con el escrito de alegaciones, bien con la propuesta de sobreseimiento.

En este punto, la cobertura reglamentaria viene constituida por el Real Decreto 34/1988, de 21 de enero, por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales, tras la modificación operada por el Real Decreto 1436/2001, de 21 de diciembre, que añade un apartado 3 y un apartado 4 al artículo 2. De acuerdo con lo explicitado en la exposición de motivos del Real Decreto 1436/2001, *las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, aconsejan autorizar la apertura de cuentas de consignaciones y depósitos al Ministerio Fiscal en aquellos supuestos en que se considere necesario y las circunstancias que concurran en el procedimiento de instrucción así lo requieran*.

El artículo 2.3 dispone que «cuando en el curso de los procedimientos derivados de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se estime preciso la apertura de una cuenta de depósitos y consignaciones a disposición de las Fiscalías, las personas autorizadas para la apertura y disposición de sus fondos serán, mancomunadamente, un representante del Ministerio Fiscal e indistintamente el Secretario Judicial de la Fiscalía de Menores u Oficial habilitado de la Fiscalía o, en su caso, el Secretario Judicial en funciones de auxilio a la Fiscalía dependiente del Juzgado de Menores al que posteriormente corresponderá dictar sentencia o adoptar alguna de las medidas previstas en la Ley. Dicha cuenta llevará el nombre de la Fiscalía en cuestión, adicionado con la denominación “Cuenta de Depósitos y Consignaciones”. El régimen de funcionamiento de estas cuentas será el mismo que el previsto en el presente Real Decreto para el resto de las cuentas de depósitos y consignaciones».

Desaparecida la figura del Secretario de las Secciones, habrá de entenderse que las personas autorizadas para la apertura y disposición de sus fondos serán, mancomunadamente, un representante del Ministerio Fiscal y un Oficial de la Fiscalía designado por el Fiscal Jefe.

Conforme al apartado 4 del mismo artículo 2, cuando, en su caso, el Fiscal remita los efectos y piezas al Juzgado de Menores, por incoar y conocer éste del expediente de reforma, procederá transferir las partidas consignadas en la cuenta de la Fiscalía a la del Juzgado que haya de conocer.

Por último, las actas de inspección de las visitas que los Fiscales giren a los centros de internamiento serán levantadas y firmadas por los funcionarios fiscales que participen en la diligencia.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO

El Pacto de Estado para la Justicia de 28 de mayo de 2001 preveía llevar a término una reforma legislativa para diseñar un nuevo modelo de Oficina judicial.

La LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, como refiere en su exposición de motivos, va a suponer una reforma en profundidad de la Oficina judicial, «de la que por primera vez se recoge su estructura organizativa». El nuevo texto de la LOPJ regula en el libro VI el estatuto jurídico de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, dando nueva definición a los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, con la asignación a todos ellos de funciones más acordes con la nueva realidad de la Oficina judicial que se diseña.

El artículo 475 LOPJ prevé como nuevo cuerpo el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, al que se exigirá la titulación de Diplomado Universitario, Ingeniero Técnico, Arquitecto Técnico o equivalente y al que se atribuye como funciones, entre otras (art. 476), gestionar la tramitación de los procedimientos, practicar y firmar las comparecencias que efectúen las partes en relación con los procedimientos que se sigan en el órgano judicial, respecto a las cuales tendrá capacidad de certificación, documentar los... demás actos cuya naturaleza lo requiera, realizar las tareas de registro, recepción y distribución de escritos y documentos, y expedir... copias simples de escritos y documentos que consten en autos no declarados secretos ni reservados.

Por lo demás, el nuevo artículo 478 atribuye al Cuerpo de Auxilio Judicial «la práctica de los actos de comunicación que consistan en notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, en la forma prevista en las leyes procesales, a cuyo efecto ostentará capacidad de certificación y dispondrá de las credenciales necesarias».

Si enlazamos estos preceptos con lo dispuesto en la Disposición adicional séptima de la LO 19/2003, conforme a la que «las disposiciones y normas organizativas establecidas en esta Ley Orgánica serán referencia en la organización de los puestos de trabajo de las fiscalías y adscripciones de fiscalías, que sólo serán servidos por funcionarios de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, a quienes serán de aplicación las normas reguladoras del Estatuto Jurídico que para dichos cuerpos se establecen en esta ley y en las disposiciones reglamentarias que se dicten en su desarrollo», podemos concluir con que con la implantación de los nuevos cuerpos de funcionarios en las Secciones de Menores de Fiscalía el núcleo de las funciones de gestión para las que se reclamaba la asistencia de Secretario podrá ser desempeñado, en su momento, por estos funcionarios cualificados.

INSTRUCCIÓN 4/2004, ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y EL REFORZAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

I. INTRODUCCIÓN

La Fiscalía General del Estado ya se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre los distintos problemas jurídicos que plantea la interpretación de los tipos penales relacionados con el maltrato doméstico. La Circular 1/1998, de 21 de octubre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar; la Circular 3/2003, de 30 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección, y la Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, son expresión de un cuerpo de doctrina de íntegra vigencia. Sin embargo, la preocupante evolución de las cifras estadísticas relacionadas con tal forma de delincuencia impone un recordatorio acerca de la importancia de completar aquellos instrumentos de unificación de criterios con nuevas soluciones que complementen y, si

fuera posible, mejoren la respuesta del Fiscal ante renovados problemas que la realidad viene poniendo de manifiesto.

La lucha por un adecuado tratamiento jurisdiccional de la violencia doméstica aconseja no basar la respuesta jurídica a esos fenómenos violentos en la confianza que proporciona la suficiencia de los instrumentos jurídicos ya existentes. De ahí la importancia de contemplar las Circulares e Instrucciones hasta ahora dictadas como soluciones jurídicas tan válidas como susceptibles de complemento. La violencia doméstica, de tanta capacidad ofensiva respecto de bienes jurídicos de primer orden, es inconciliable con un análisis exclusivamente formal, en el que el peso de las categorías jurídicas se convierta en la única referencia. La Fiscalía General quiere hacer de la violencia doméstica una de sus preocupaciones prioritarias. Y quiere hacerlo con la convicción de que la batalla contra ese fenómeno delictivo puede hacerse respetando el equilibrio entre el necesario rigor y la irrenunciable vigencia de los principios y garantías que legitiman el proceso penal.

Es previsible que la futura entrada en vigor de las reformas anunciadas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer haga aconsejable próximos pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado, que adapten la actuación de los señores Fiscales al nuevo marco jurídico. Sin embargo, los puntos que constituyen el objeto de la presente Instrucción no persiguen suplir ningún vacío legal ni, por supuesto, anticipar soluciones en la línea que inspira el novedoso tratamiento integral de la violencia sobre la mujer. La Instrucción que ahora ve la luz sólo aspira a fijar, con carácter general y unitario, algunas pautas de actuación de los señores Fiscales en relación con cuestiones que, pese a su aparente sentido rutinario, pueden llegar a condicionar la eficacia del tratamiento jurídico de cualquier denuncia por un episodio violento. No se pretende, pues, un exhaustivo análisis de problemas interpretativos en relación con el cuadro normativo vigente. Sólo se busca obtener de éste el máximo aprovechamiento.

Las soluciones que se propugnan cuentan, además, con el reforzado aval que le proporciona su aprobación por la Junta de Fiscales de Sala que, en su reunión de 19 de mayo de 2004, respaldó la iniciativa del Fiscal General del Estado de someter a su consideración los puntos concretos que hoy integran la presente Instrucción. Esa convocatoria fue el resultado de la comunicación remitida por el excelentísimo señor Ministro de Justicia, fechada el día 18 de mayo del corriente año, mediante la que dio traslado, a los efectos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 8 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, de las actuaciones que el Gobierno había interesado del Fiscal General del Estado, en materia de violencia doméstica, conforme a lo acordado en el Consejo de Ministros del pasado día 7 de mayo.

II. LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL PARA LA PROTECCIÓN Y SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA

La defensa de los derechos de la víctima de un delito de violencia doméstica ha de representar uno de los objetivos prioritarios de la actuación del Fiscal en cualquier proceso penal. Esa preocupación enlaza con alguna de las más genuinas misiones que la Ley reserva al Ministerio Fiscal. No en vano, el apartado 10 del artículo 3 del EOMF señala entre sus funciones la de «... velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas».

Está fuera de dudas que en los delitos relacionados con la violencia doméstica la víctima se convierte en la inerte destinataria de una agresión que, en la mayoría de los casos, tiene naturaleza pluriofensiva. Es importante, pues, recordar que las previsiones contenidas en la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1998, de 27 de octubre, sobre ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, habrán de ser adaptadas, en lo que resulte aplicable, a cualquier denuncia por hechos de esta naturaleza.

Los señores Fiscales han de tener bien presente que la denuncia por un hecho violento en el seno familiar es algo más que la simple transmisión de una *notitia criminis*. La experiencia demuestra que, en no pocos casos, la mujer que acude a unas dependencias policiales, al Juzgado de Guardia o a cualquier oficina del Ministerio Fiscal está denunciando un hecho delictivo, pero, al propio tiempo, está exteriorizando su confianza en que los mecanismos jurídicos de protección van a funcionar adecuadamente. Y el Fiscal representa una pieza clave a la hora de activar esa respuesta jurídica de salvaguarda y tutela.

Es indispensable, pues, que los señores Fiscales aseguren su presencia en la declaración judicial de la víctima. Ese deber institucional de comparecencia debe imponerse, incluso, a la concreta modalidad de procedimiento. Ya sea en el marco de cualquiera de las formas aceleradas, ya en el ámbito de un procedimiento penal de carácter ordinario, el representante del Ministerio Fiscal habrá de contemplar esa primera declaración de la víctima como la privilegiada fuente de conocimiento para postular las medidas de protección necesarias. Es en ese acto procesal, tan próximo a la agresión padecida, en el que los factores de riesgo se evidencian con mayor nitidez. De ahí la importancia de que los valiosos datos que pueda contener el atestado policial o la denuncia judicial acerca de futuros riesgos para la integridad de la víctima no representen para el Fiscal una burocrática toma de contacto con los documentos en los que, con mayor o menor acierto, ese riesgo es descrito. El Ministerio Fiscal habrá de efectuar una valoración propia que siempre estará enriquecida por su proximidad directa respecto de la víctima y de sus específicas circunstancias familiares.

III. EL REFORZAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN CON EL AGRESOR

La intervención del Ministerio Fiscal en el acto procesal encaminado a valorar la procedencia de otorgar una orden de protección, ya fue objeto de análisis por la Circular 3/2003, de 30 de diciembre. Sus mandatos siguen plenamente vigentes y a ella conviene remitirse.

Sin embargo, dos aspectos ligados a las medidas cautelares de tutela han de merecer ahora la reforzada atención por los señores Fiscales. El primero de ellos se refiere a la posible suspensión del derecho de visitas en favor del agresor; el segundo alude a las consecuencias del quebrantamiento de la medida de alejamiento.

a) Afirmar el carácter pluriofensivo de los delitos relacionados con la violencia doméstica supone reconocer que el círculo de víctimas no se identifica exclusivamente con la persona que soporta el maltrato. La erosión de los valores que han de regir la convivencia del grupo familiar afecta también, cómo no, a los hijos menores de edad. Ese hecho no puede pasar desapercibido al Ministerio Fiscal. El artículo 544 ter, en su apartado 7, autoriza medidas de naturaleza civil cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un

órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Estas medidas –conforme establece la literalidad de aquel precepto– podrán consistir «... en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios». La Circular 3/2003 fijaba criterios para resolver los problemas que pudieran surgir de la convergencia de distintos órganos jurisdiccionales a la hora de adoptar una medida de protección, recordando la importancia de evitar *lapsos de inactividad* de tan perjudiciales efectos.

De lo que se trata ahora es de recordar a los señores Fiscales la necesidad de prestar atención a las actuaciones relacionadas con la solicitud ante los tribunales de aquellas medidas cautelares dirigidas a la suspensión, en los casos más graves, del régimen de visitas establecido a favor del agresor. Obviamente, tal solicitud del Fiscal o, en su caso, el apoyo a la formulada por la víctima, habrá de adaptarse a las previsiones fijadas en el artículo 544 ter, apartado 7, párrafos primero y segundo.

Los señores Fiscales habrán de tener bien presente que la aplicación de esa medida no debiera revestir un carácter indiscriminado y de aplicación automática. Antes al contrario, habrá de ser de aplicación reservada para aquellos casos cuya gravedad o especial naturaleza así lo aconsejen. Quizá resulte innecesario recordar que el legislador no ha querido arbitrar, en el momento procesal a que se refieren los artículos 544 bis y 544 ter de la LECrim, una medida sancionadora, sino una medida cautelar dirigida a la protección de los menores que se dibujen como víctimas potenciales de la violencia del agresor.

b) El quebrantamiento de medidas cautelares por el denunciado o la violación de las órdenes de alejamiento previamente adoptadas ha de provocar, en todo caso, la firme reacción del Ministerio Fiscal. La inatención del agresor a las medidas cautelares decretadas por el Juez ha de ser siempre interpretada por los señores Fiscales como la primera de las alarmas de riesgo de nueva agresión. Ello le obliga a instar o, en su caso, acordar la inmediata detención del infractor y su puesta a disposición judicial como posible autor de un delito de quebrantamiento de medidas, previsto en el artículo 468 del Código Penal.

El párrafo cuarto del artículo 544 bis de la LECrim regula un específico régimen jurídico de respuesta ante el incumplimiento por el inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal. Es cierto que –como recordaba la Circular 3/2003–, la entrada en vigor de la reforma prevista en el mes de octubre de 2004 va a suponer la sustitución de la vigente pena de multa anudada al artículo 468 por la de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de noventa a ciento ochenta días. Ello va a facilitar la sustitución de las medidas cautelares incumplidas por otras soluciones agravadas que impliquen, conforme establece el artículo 544 bis, último párrafo, una mayor limitación de la libertad personal del imputado.

No resulta fácil sugerir fórmulas generales de aplicación incondicionada a cualquier situación de incumplimiento. De hecho, tal modo de afrontar la búsqueda de soluciones puede conllevar el riesgo de desnaturalizar el significado mismo de las medidas cautelares. Sin embargo, la prevención impuesta por la necesidad de no distanciarse de los principios que legitiman cualquier restricción de la libertad personal, no es incompatible con el decidido propósito institucional de aprovechar cuantas posibilidades ofrezcan las normas vigentes. De ahí la importancia de que los señores Fiscales tomen en consideración, a la hora de formular el juicio de procedencia sobre la medida cautelar más adecuada, que el art. 503.I.c) de la LECrim ha redefinido la constitucionalidad de los fines legítimos a los que ha de acomodarse la prisión pre-

ventiva. Entre tales fines se incorpora el de «... evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será de aplicación el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado».

No se trata de propugnar, siempre y en todo caso, la más intensa de las restricciones a la libertad personal. Tampoco resultaría aceptable que la excepcional adopción de esa medida implicara su mantenimiento hasta el momento mismo del juicio oral. Forma parte inseparable de toda medida cautelar su variabilidad en función de que subsistan o desaparezcan las razones que obligaron a decretarla. En definitiva, la gravedad de la respuesta jurídica propugnada por el Fiscal habrá de ser siempre acorde con la gravedad de la situación de riesgo a la que pretende hacer frente.

INSTRUCCIÓN 5/2004 (COMUNICACIÓN DIRIGIDA A LOS EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES RELATIVA AL SEGUIMIENTO DE LOS SUPUESTOS DE PRIVACIÓN CAUTELAR DE LIBERTAD)

La problemática planteada en relación con la puesta en libertad en el mes de junio del año 2002 del ciudadano argelino Allekema Lamari por haber transcurrido íntegramente el plazo de prisión preventiva acordado judicialmente sin que se hubiera llevado a efecto la notificación de la resolución recaída en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria del mismo, en el Sumario n.º 9/97 del Juzgado Central n.º 5 de la Audiencia Nacional, obliga a replantear la actuación que corresponde al Ministerio Fiscal en la vigilancia y control de las piezas de situación personal de los imputados.

Aun cuando, en principio, las incidencias que originaron dicha situación han sido ajenas a la intervención del Ministerio Fiscal en la causa de referencia, la labor que constitucionalmente ha sido asignada a esta Institución, en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la ley, exige de sus miembros extremar la atención para evitar que disfunciones en la tramitación de las causas, provoquen dilaciones que hagan ineficaces las medidas cautelares en su momento adoptadas. Es por ello que en mi calidad de Fiscal General del Estado estimo oportuno trasladar a V. E. las siguientes directrices relativas al seguimiento de los supuestos de privación cautelar de libertad:

Los señores Fiscales seguirán manteniendo, como hasta ahora venían haciendo, bajo la supervisión directa e inmediata del excelentísimo/ilustrísimo señor Fiscal Jefe, el control individualizado de la situación personal de todos los imputados que se encuentren en prisión preventiva, cuidando especialmente el cómputo de los plazos legales de aquellos cuyas causas estén pendientes de tramitación de recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Tres meses antes de que finalice, en relación con cualquiera de los imputados, el plazo de prisión provisional acordado al amparo del párrafo 5.º del artículo 504 de la LECrim., por haberse interpuesto el indicado recurso de casación, el excelentísimo/ilustrísimo señor Fiscal Jefe, comunicará sin dilación, por escrito, esta circunstancia al excelentísimo señor Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, indicando cuantos extremos sean necesarios para la correcta identificación del procedimiento judicial y de la persona a la que se refiere dicha incidencia.

Recibida que sea esta comunicación, el excelentísimo señor Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, en atención a las circunstancias concurrentes, adoptará las medidas oportunas para trasladar a la Sala Segunda del Tribunal Supremo los datos facilitados en relación con la pieza de situación personal del imputado, promoviendo, en su caso, la urgente tramitación de la causa y manteniendo a partir de este momento el oportuno seguimiento del procedimiento hasta la notificación de la Sentencia definitiva que ponga fin al mismo.

INSTRUCCIÓN 6/2004, SOBRE TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MENORES EXTRANJEROS INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS

La complejidad inherente al tratamiento de los fenómenos migratorios ha generado una auténtica convulsión jurídica, con reflejo en numerosas reformas legislativas y reglamentarias.

La necesidad de abordar la intervención del Ministerio Fiscal conforme al principio de unidad de actuación y de acuerdo con su función constitucional de promotor de la acción de la justicia y de defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos ha obligado a la Fiscalía General del Estado a dictar numerosos instrumentos definidores de los criterios a seguir por los Fiscales dentro de sus ámbitos competenciales en los supuestos en los que los derechos y libertades de los extranjeros pueden verse afectados. Así se han dictado las Circulares 1/1994, 3/2001 y 1/2002; las Consultas 5/1987, 2/1990, y 12/1997 y 1/2001, y las Instrucciones 6/1991, 2/2001 4/2001 y 2/2002.

El Derecho de Menores también ha sido una de las grandes preocupaciones de la Fiscalía, conforme a las funciones que el ordenamiento jurídico le encomienda. Así, en los últimos años se han dictado las Circulares 1/2000, 1/2001, 2/2001; las Consultas 8/1997 y 1/2002, y las Instrucciones 1/2000 y 2/2000.

Dentro del Derecho de extranjería presenta una especial complejidad el tratamiento jurídico de los menores inmigrantes extranjeros no acompañados. En estos supuestos, a la nota de la extranjería se yuxtapone la de la minoría de edad, debiendo ser ponderados uno y otro elemento a la hora de dar solución a los problemas interpretativos que puedan generarse, pero siempre desde la premisa de que, como dispone el artículo 3 del Convenio de Derechos del Niño, *«en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»*.

El *favor minoris* también se resalta en la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A 3-0172/1992, de 8 de julio), al declarar en su punto 8.14 que: *«toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses»*. Esta misma disposición, en su inciso final, declara que en los procedimientos que afecten al menor *deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos del niño*.

Igualmente, el artículo 11.2.a) de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece que la supremacía del interés del menor será principio rector de la actuación de los poderes públicos y el artículo 2 declara solemnemente que *en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. La importancia de este principio, clave de

bóveda en Derecho de Menores, es también debidamente resaltada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (*vid.* SSTC 124/2002, de 20 de mayo, y 221/2002, de 25 de noviembre, entre otras), del TS (*vid.* SSTS 1.ª 415/2000, de 24 abril, y 548/1998, de 11 junio, entre otras) y del TEDH (*vid.* SSTEDH caso E. P. contra Italia, de 16 de noviembre de 1999, y caso Bronda contra Italia, de 9 de junio de 1998).

El ATC 28/2001, de 1 febrero, declara al respecto que el interés superior del menor se ha «elevado, en último término, en norma de orden público, y por consiguiente de insoslayable observancia en el Ordenamiento jurídico español».

Este principio se configura, pues, como un verdadero principio general del Derecho, operando como canon hermenéutico y como elemento integrador para suplir eventuales lagunas.

Para una correcta ubicación funcional del Ministerio Fiscal en este ámbito de actuación, ha de partirse de que si el mismo es institucionalmente defensor de los derechos de todos los ciudadanos (art. 124.1 CE), en tanto es encargado de cuidar del funcionamiento eficaz de los mecanismos de protección de los menores (art. 174 CC), es específica y cualificadamente defensor de los derechos de éstos.

A estos efectos ha de tenerse en cuenta el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que declara que *para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad* y el artículo 1 de la LO 1/1996 que dispone que *la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad*. En conexión con estos preceptos ha de tenerse en cuenta que el artículo 20.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que *los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*.

El superior interés del menor se identifica, por regla general, con la permanencia del mismo en la familia y en el ámbito cultural del que procede. Como se expone en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (Diario Oficial n.º C 221 de 19 de julio de 1997) *la presencia irregular en el territorio de los Estados miembros de menores no acompañados que no tengan la consideración de refugiados debe tener carácter provisional y los Estados miembros deben procurar cooperar entre sí y con los países terceros de procedencia para devolver al menor a su país de origen o a un país tercero dispuesto a admitirlo, sin poner en riesgo la seguridad del menor, con el fin de encontrar, cuando sea posible, a las personas responsables del menor, y de reunirlos con dichas personas*.

Esta preferencia hacia el reagrupamiento familiar del menor debe sin embargo conciliarse con el respeto a la previsión legal de un procedimiento específico para poder llevarlo a cabo (arts. 35 y 62.3 LO 4/2000, modificados por LO 8/2000 y art. 62 del Reglamento vigente). Nuestra legislación establece una serie de garantías para asegurar que la repatriación respete el principio del superior interés del menor.

La especificidad del procedimiento radica por tanto en que se pretende que en todo caso el mismo salvaguarde los intereses del menor y le aleje de riesgos potenciales.

La Instrucción 3/2003, *sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo*, ha generado vacilaciones y dudas y, en ocasiones, interpretaciones que no se coheren con el principio general de prevalencia del

interés superior del menor. Por lo demás, dicha Instrucción entraba en contradicción con anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado sobre la materia, provocando disfunciones y problemas en cuanto a la definición del tratamiento jurídico aplicable a estos menores.

Pese a la anunciada próxima publicación del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, la necesidad de clarificar la posición del Ministerio Fiscal en este ámbito obliga a no esperar a su promulgación para analizar las posibles innovaciones, sin perjuicio de, en su caso, el dictado de nuevas instrucciones por parte de la Fiscalía General del Estado a la vista de las novedades que puedan producirse en la materia.

Ponderados pues los informes remitidos por diversas Instituciones y en especial por las Secciones de Menores y los Servicios de Extranjería de distintas Fiscalías, teniendo en cuenta los resultados de la aplicación de la referida Instrucción, y en especial, a la vista de las dudas que su interpretación genera, procede dejar la referida Instrucción 3/2003 sin efecto.

Los señores Fiscales habrán de seguir en esta materia las directrices contenidas en epígrafe IV sobre *El Ministerio Fiscal y los menores extranjeros* de la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, *relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería*, así como la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, *acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Habrán, pues, de entenderse a estos efectos plenamente vigentes los criterios sentados al respecto en ambos instrumentos.

Por ello, y sintetizando, los señores Fiscales habrán de acomodar su intervención a las siguientes pautas:

1) Se puede establecer con carácter general la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años.

2) En tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años conforme a su Ley Personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos.

3) El artículo 35 de la LO 4/2000, en su redacción dada por LO 8/2000, se aplicará en aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen, por motivos diversos de la imputación de la comisión de una infracción penal, a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad. La finalidad del precepto es que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad. En caso de establecerse su minoría de edad, se le deben proporcionar las medidas de protección y asistencia previstas en la Ley Española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero.

4) Es preciso que por parte de los señores Fiscales Jefes se den las instrucciones oportunas para que, una vez determinada la edad y siempre que el indocumentado resulte ser menor o quepa duda de que pueda serlo, sea puesto sin dilación a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

5) Debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar conforme a las disposiciones específicas que para los menores contiene la legislación de extranjería. La repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que

pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país.

La decisión sobre el retorno del menor a su país de origen o de residencia de sus familiares o sobre su permanencia en España, corresponde a la Administración del Estado (art. 35.3 LE) por ser la única competente en materia de inmigración, emigración y extranjería (art. 149.1.2.ª) CE). Sin perjuicio de ello, deben informar previamente –en razón también de su propia competencia en la materia– los servicios de protección de menores. El Fiscal podrá comprobar si efectivamente la decisión adoptada es la más adecuada a los intereses del menor.

6) Los recursos contra el acuerdo de repatriación habrán de regirse por las normas y trámites del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa. La legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir estas decisiones encuentra su apoyo legal en los artículos 3.7 EOMF y 8.2 LECiv.

Los señores Fiscales igualmente habrán de tener en cuenta que, respondiendo a la previsión de protocolos de actuación a que se referían tanto la Instrucción 2/2001 como la Circular 3/2001 para facilitar la coordinación entre las distintas autoridades y funcionarios intervinientes, se elaboró por el Grupo de Trabajo del Observatorio de la Infancia, con activa intervención de la Fiscalía General del Estado, el Protocolo de menores extranjeros no acompañados, documento que fue debidamente difundido entre las Fiscalías.

INSTRUCCIÓN 7/2004, SOBRE CITACIÓN PARA EL ACTO DEL JUICIO ORAL DE LOS PERITOS AUTORES DE INFORMES SOBRE ANÁLISIS DE SUSTANCIAS INTERVENIDAS EN CAUSAS POR DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La doctrina del Tribunal Constitucional elaborada a partir de su Sentencia 31/1981, de 28 de julio, establece como regla general que la prueba de cargo susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia ha de desarrollarse en el juicio oral, como premisa básica para la legitimidad del proceso con las garantías debidas, conforme al artículo 24.2 de la Constitución.

El derecho a la presunción de inocencia, además de constituir un principio o criterio ordenador del sistema procesal penal, es ante todo un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede considerarse culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita dicha condena cuando haya mediado una actividad probatoria, que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda considerarse de cargo (SSTC 137/1988 ó 51/1995, entre otras muchas).

Tanto el Tribunal Constitucional (SSTC 31/1981, 161/1990, 284/1994, y 328/1994, entre otras) como el Tribunal Supremo (SSTS de 14 de julio y 1 de octubre de 1986, entre otras) han declarado que en principio únicamente pueden considerarse auténticas

pruebas que vinculan a los Tribunales en el momento de dictar sentencia las practicadas en el acto del juicio oral, que constituye la fase estelar y fundamental del proceso penal donde culminan las garantías de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, igualdad y dualidad de partes, de forma que la convicción del Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por las partes. De ello se deriva la regla general de que las diligencias practicadas en la instrucción no constituyen, en sí mismas, pruebas de cargo (SSTC 101/1985, 137/1988, 161/1990 y SSTS de 31 de enero, 2 de marzo o 15 de junio de 1992), sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica no es propiamente la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio (art. 299 LECrim) proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y para la defensa.

Debe recordarse que el derecho a la presunción constitucional de inocencia exige que todos aquellos elementos fácticos integradores del tipo delictivo que no hayan sido voluntariamente admitidos por el acusado y su defensa se acrediten debidamente en el juicio oral por la acusación mediante una prueba de cargo suficiente practicada en forma contradictoria y con todas las garantías.

En los delitos contra la salud pública la naturaleza, cantidad y pureza de la sustancia intervenida es un elemento del tipo y como tal objeto de prueba, y en tanto es una prueba de cargo corresponde a la acusación aportarla al acto del juicio oral.

Aunque no existe un medio tasado para acreditar la naturaleza, cantidad y pureza de la sustancia aprehendida en las causas por delitos contra la salud pública, habiendo admitido nuestra jurisprudencia la posibilidad, en ocasiones, de su determinación a través de pruebas personales (SSTS 585/2003, de 16 abril; 587/2003, de 16 abril; 176/2003, de 6 febrero, y 1242/2000, de 5 de julio, entre otras), lo cierto es que la prueba habitualmente tiene lugar a través de un análisis pericial practicado durante la fase de instrucción, generalmente por los equipos técnicos de laboratorios oficiales.

La valoración de la prueba pericial en general también exige el respeto al principio de *contradicción* y al de *inmediación* como derivación del derecho de defensa. El artículo 724 LECrim dispone en relación con la práctica de la prueba pericial en el juicio oral que los peritos «contestarán a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan». La prueba pericial debe, pues, con carácter general, ser valorada por el Tribunal sentenciador previa percepción directa.

Han de distinguirse en la producción de la prueba pericial dos momentos: 1) el análisis en sí, que necesariamente ha de practicarse en una fase previa al juicio (fase analítica), y 2) la emisión del dictamen que puede –y debe– realizarse o reiterarse durante el juicio oral.

La prueba pericial es, por tanto, una prueba que ha de realizarse en el acto del juicio oral, pues constituye una prueba personal y no documental, que debe ser valorada por el Tribunal sentenciador previa percepción directa, con las ventajas y garantías que proporciona la inmediación. Valoración que exige asimismo que sea sometida a la oportuna contradicción que es lo que garantiza el ejercicio del derecho de defensa.

Debe también partirse de que las deficiencias probatorias en que se incurra en relación con la prueba de la naturaleza, cantidad y calidad de la sustancia intervenida, ya por falta de proposición para su práctica en el juicio oral, ya por defectuosa proposición, ya por práctica incorrecta, seguirá los criterios rectores de la carga de la prueba en el proceso penal y gravitarán sobre la acusación.

En este contexto, los señores Fiscales, como detentadores de la acusación pública –usualmente únicos acusadores en delitos contra la salud pública– son depositarios de una grave responsabilidad en la articulación de la prueba. Debe a toda costa evitarse

que —como en ocasiones ha ocurrido en el pasado— complejos procesos sobre hechos presuntamente constitutivos de graves delitos culminen en sentencias absolutorias por la inasistencia de los peritos autores del análisis de drogas al acto del juicio oral.

No obstante lo anterior, conforme a la Teoría General de la Prueba se acepta generalmente que los hechos implícitamente admitidos o no controvertidos por las partes acusadas pueden considerarse como exentos de prueba. El artículo 11.1 LOPJ impone el respeto a las reglas de la buena fe a todos los intervinientes en el proceso. Si las defensas no discuten el dictamen pericial documentado procedente de órgano o departamentos especiales del Ministerio de Sanidad y Consumo, en atención a las garantías técnicas y a la imparcialidad que los respectivos centros y laboratorios oficiales ofrecen, pueden admitirse como pruebas válidas aunque no fueran ratificados en el juicio oral. Cuando la naturaleza de la sustancia analizada sea una cuestión admitida y no sometida a debate alguno, la práctica de la prueba en el acto del juicio oral no se hace necesaria (entre otras muchas, SSTS 956/2000, de 5 junio, y 311/2001, de 2 marzo).

Esta interpretación no cuestiona en absoluto la doctrina general atinente a que la prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia debe practicarse en el acto del juicio oral ni tampoco pretende, pues no podría hacerlo respetando la Constitución, invertir la carga probatoria sobre los hechos integradores de una infracción penal, sino únicamente aclara que los hechos que deben ser objeto de prueba son los controvertidos y si sobre una determinada cuestión técnica existe un dictamen en las actuaciones, emitido por Organismos Oficiales fiables, que no es cuestionado por la defensa, la acusación puede legítimamente prescindir de llevar al juicio oral a los técnicos informantes, en evitación de los problemas prácticos que la reiteración de tales comparencias conllevaría, sin que la defensa, que no cuestionó el resultado de la pericia, pueda en casación negar con éxito su valor probatorio, precisamente porque aceptó expresa o tácitamente su resultado (STS 956/2000, de 5 de junio).

La falta de impugnación por la defensa hace que no sea necesaria la ratificación en el juicio oral por parte de los autores de los informes, conforme a las reglas de la buena fe procesal (entre otras muchas, SSTS 13/2004, de 16 de enero; 1520/2003, de 17 de noviembre; 1446/2003, de 5 de noviembre, y 211/2003, de 19 de febrero). Las SSTS 290/2003, de 26 de febrero; 585/2003, de 16 de abril, y 1642/2000, de 23 de octubre, declaran que «son numerosos, reiterados y concordes los precedentes jurisprudenciales de este Tribunal de casación que declaran la validez y eficacia de los informes científicos realizados por los especialistas de los laboratorios oficiales del Estado, que, caracterizados por la condición de funcionarios públicos, sin interés en el caso concreto, con altos niveles de especialización técnica y adscritos a organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios de las modernas técnicas de análisis, viene concediéndoseles unas notas de objetividad, imparcialidad e independencia que les otorga *prima facie* eficacia probatoria sin contradicción procesal, a no ser que las partes hubiesen manifestado su disconformidad con el resultado».

La acusación tiene la carga de aportar la prueba, ésta ha de ser realizada contradictoriamente y en buenos principios no pertenece al acusado ninguna carga procesal, pero en atención a las garantías que ofrecen estos peritajes se les concede provisoriamente eficacia probatoria, sin perjuicio del derecho del acusado para impugnar su imparcialidad (STS 764/1999).

Pesa en esta línea interpretativa la necesidad de evitar el colapso de los laboratorios por las citaciones continuadas de los peritos, unida a la alta fiabilidad de los informes, en los supuestos en los que las conclusiones no se discuten por las partes.

El Tribunal Constitucional ha avalado esta interpretación (SSTC 127/1990, de 5 de julio, y 24/1991, de 11 de febrero).

Todo lo expuesto no obsta a la necesidad de subrayar que en línea de principios el ideal al que debe tenderse es el de citación de los peritos al acto del juicio oral, para la práctica de la prueba conforme a los principios de oralidad, intermediación y contradicción. Una adecuada organización de medios y una disponibilidad suficiente de personal en los laboratorios oficiales debiera permitir que el Ministerio Fiscal pudiera proponerlos para el acto del juicio oral sin el temor de poder llegar a provocar colapsos o disfunciones, evitando el riesgo de desvaloración del acto del juicio oral como fase central de todo el proceso penal.

II. EL ANÁLISIS DE LA DROGA EN EL PROCESO ORDINARIO POR DELITOS

Cuando la defensa impugna expresamente el informe pericial, surge renovada la necesidad de citar a los peritos para que acudan al juicio oral y se sometan al interrogatorio cruzado de las partes. El Acuerdo de Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 21 de mayo de 1999 estableció que «siempre que exista impugnación manifestada por la defensa se practicará el dictamen pericial en el juicio». El Acuerdo del Pleno de fecha 23 de febrero de 2001 ratificó esta interpretación.

En todo caso, debe recordarse que la operatividad de la impugnación está sometida a requisitos: ha de respetar la buena fe procesal (SSTS 1520/2003, de 17 noviembre, y 1153/2003, de 15 septiembre). La impugnación ha de realizarse a más tardar en el escrito de calificación provisional, y así «cuando la parte acusada no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de éste, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita» (SSTS 652/2001, de 16 de abril, y 585/2003, de 16 de abril). En este mismo sentido la impugnación no será eficaz cuando «... se realiza de forma manifiestamente extemporánea, cuando ya ha transcurrido el período probatorio, por ejemplo, en el informe oral o en este recurso de casación» (SSTS 156/2003, de 10 de febrero; 585/2003, de 16 de abril, y 587/2003, de 16 de abril). La STS 156/2004, de 9 de febrero declara que «normalmente el momento adecuado es el escrito de conclusiones provisionales, pues los Tribunales deben rechazar las peticiones que no sean conformes a la buena fe procesal o supongan abuso del derecho o fraude de Ley o procesal, de acuerdo con el artículo 11.1 y 2 de la LOPJ. Y las impugnaciones efectuadas en el mismo acto del juicio oral impiden la reacción de la acusación orientada a la proposición de nuevas pruebas... Por lo tanto, no puede considerarse válida a estos efectos la impugnación del recurrente, realizada ya en el acto del plenario». La STS 72/2004, de 29 de enero, exige que los informes se impugnen «como máximo temporal procedimental en el escrito de calificación provisional, o bien antes, que sería lo lógico, para que en la propia instrucción sumarial se pudiera practicar un contraanálisis, verdadero objeto de la impugnación de un informe pericial», añadiendo que «la impugnación en conclusiones definitivas no es posible, porque impide que el Fiscal pueda proponer prueba sobre tal extremo».

Las exigencias al fundamento material de la impugnación conocen algunas fluctuaciones, pudiéndose detectar dos tendencias: una más laxa, que otorga operatividad a la impugnación pura y simple, y otra estricta, que exige que la impugnación sea acompañada de una argumentación lógica.

Ejemplos de la tendencia laxa los encontramos en las SSTS 1446/2003, de 5 de noviembre, 1520/2003, de 17 de noviembre, y 1511/2000, de 7 de marzo, que consideran que «no cabe imponer a la defensa carga alguna en el sentido de justificar su

impugnación del análisis efectuado» y que «al acusado le basta cualquier comportamiento incompatible con esa aceptación tácita para que la regla general (comparecencia de los peritos en el Plenario) despliegue toda su eficacia». Siguiendo esta interpretación, la STS 585/2003, de 16 de abril afirma que «... basta con que la defensa impugne el resultado de los dictámenes practicados durante la instrucción, o manifieste de cualquier modo su discrepancia con dichos análisis, para que el documento sumarial pierda su eficacia probatoria, y la prueba pericial deba realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre carga y práctica de la prueba en el proceso penal».

Como ejemplos de la tendencia estricta podemos citar la STS 1413/2003, de 31 de octubre que declara que «una cosa es que la impugnación no esté motivada y otra distinta que la declaración impugnatoria sea una mera ficción o estrategia procesal, cuyo contenido ni siquiera se exprese en el trámite de informe subsiguiente a elevar las conclusiones a definitivas, pudiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 11.1 y 2 LOPJ... lo que permite corregir los abusos procesales, como pueden ser las impugnaciones ficticias o meramente oportunas carentes de cualquier fundamento». En este sentido, la STS 72/2004, de 29 de enero, exige que la impugnación «no sea meramente retórica, o abusiva, como declaran algunas sentencias de esta Sala Casacional, esto es, sin contenido objetivo alguno, no manifestando cuáles son los temas de discrepancia: si la cantidad, la calidad o el mismo método empleado, incluyendo en éste la preservación de la cadena de custodia».

En todo caso cuando los informes periciales hayan sido impugnados habrán de adoptarse las máximas cautelas en orden a evitar que por motivos puramente formales sean absueltas personas respecto de las que existía una abrumadora prueba de cargo.

Por ello, ante cualquier impugnación por las Defensas, ya durante la fase de instrucción, ya al evacuar éstas sus escritos de conclusiones provisionales, los Sres. Fiscales habrán de interesar la citación incondicional de los peritos a juicio, incluso cuando las impugnaciones no sean en sí mismas atendibles (vid. STS 806/1999, de 10 de junio), pues si la defensa no acepta ni expresa ni tácitamente el resultado del análisis elaborado durante la instrucción y si no se cita a los autores del mismo puede el Juzgador concluir con que no existe prueba de cargo válidamente practicada que acredite que efectivamente la sustancia ocupada consistía en droga.

Debe tenerse especialmente en cuenta que, como refiere la STS 311/2001, de 2 de marzo las deficiencias probatorias derivadas de la falta de proposición de la práctica de la prueba pericial para su celebración en el juicio, o de la falta de percepción por la acusación del hecho de que el dictamen sumarial no ha sido aceptado por la defensa, recaen sobre la propia acusación conforme a las reglas generales sobre la carga de la prueba en el proceso penal, por lo que corresponde a dicha acusación adoptar las medidas oportunas para evitar este resultado.

Deberán por tanto los señores Fiscales tener presente como criterio rector fundamental de su actuación procesal la necesidad de preservar la prueba de cargo.

En todo caso habrá también de salvaguardarse el derecho de defensa, que implica ineludiblemente la posibilidad de combatir cualquier medio de prueba incluido el informe pericial.

Como interés también digno de protección pero siempre en un segundo plano y subordinado a los anteriores criterios, habrá de ponderarse la conveniencia de evitar citaciones inútiles de peritos oficiales, cuando nadie discute sus conclusiones, con el fin último de conjurar el riesgo de alterar el normal funcionamiento de estos laboratorios oficiales, esenciales en la lucha contra el narcotráfico.

Esta ponderación habrá de ponerse en relación con la estrategia que la Defensa en cada caso concreto vaya a utilizar: si pretende combatir la exactitud de las conclusio-

nes de los informes habrá de proponerse la citación de los peritos y si por el contrario, la Defensa no discute estas conclusiones procederá proponer el informe como prueba formalmente documental.

Cuando ya durante la fase de instrucción la Defensa ha impugnado el informe pericial, el Fiscal habrá de interesar pura y simplemente en su escrito de calificación la práctica de la prueba pericial con citación de los autores del informe.

Sin embargo, la *praxis* pone de manifiesto que en la mayoría de las ocasiones, la defensa no impugna el informe pericial durante la instrucción, articulando esta alegación una vez abierto el juicio oral en el escrito de calificación (art. 651 LECrim.).

El problema estriba en que por la propia dialéctica procesal la tesis del Fiscal (materializada en el escrito de calificación provisional) es previa a la antítesis de la Defensa, materializada en el posterior escrito de defensa. Por ello, el Fiscal normalmente, a la hora de proponer la prueba de la que va a intentar valerse en el juicio oral ignora si la Defensa va a impugnar el informe pericial o si por el contrario no lo discute.

La solución que en su día propuso la Instrucción 9/1991 de la Fiscalía General del Estado ordenando a los Fiscales que pidiesen la ratificación de los peritos durante la instrucción y con presencia de todas las partes, con el fin de producir una prueba anticipada o preconstituida por si los peritos no pudiesen asistir al acto del juicio oral no ha dado los resultados esperados, por lo que deben buscarse nuevas respuestas más eficaces.

La STS 956/2000, de 5 de junio, aconsejaba a la acusación proponer en todo caso en su calificación provisional la comparecencia de los peritos al acto del juicio para que sea allí donde se practique ordinariamente la prueba, a fin de no verse sorprendidos por la impugnación del análisis realizada por la defensa en uso de sus derechos constitucionales y encontrarse obligados a proponer tardíamente dicha prueba en momentos procesales menos adecuados.

La fórmula que se propone desde la Fiscalía General del Estado en la presente Instrucción trata de conciliar los distintos intereses en juego, y así, partiendo del criterio de la STS 956/2000, tratándose de procedimientos tramitados conforme a las disposiciones del procedimiento ordinario por delitos los Sres. Fiscales, al proponer la prueba en las conclusiones provisionales interesarán la citación como peritos de los autores del informe de análisis de droga con carácter general. Como matización a la regla anterior, a esa petición de prueba los Sres. Fiscales añadirán por Otrosí que en caso de que la Defensa no impugne en sus conclusiones provisionales la prueba pericial, se renuncia a su práctica y se interesa expresamente que no sean citados los peritos a juicio.

En todo caso, se propondrá como prueba formalmente documental, con expresa reseña del folio o folios, el informe de análisis de droga emitido por los correspondientes centros oficiales.

Estas consideraciones serán aplicables *mutatis mutandis*, al procedimiento de Jurado en los supuestos, ciertamente inusuales, en que por razón de la conexidad (art. 5.2 LO 5/1995) conozcan de una acusación por delito contra la salud pública, pues el procedimiento de la Ley del Jurado debe integrarse supletoriamente con las disposiciones generales de la LECrim. y no con las especiales del Procedimiento Abreviado.

Aunque alguna sentencia del TS (*vid.* STS 1520/2003, de 17 de noviembre) ha declarado que en estos supuestos de aceptación tácita de la validez del informe emitido por el Organismo Oficial no es exigible la lectura en el juicio oral del informe siendo suficiente la aplicación del artículo 726 LECrim., parece aconsejable mantener la indicación contenida en la Instrucción 9/91, de 26 de diciembre,

de la Fiscalía General del Estado: cuando no se haya propuesto prueba pericial por ninguna de las partes en el trámite del artículo 656 LECrim., solicitarán los Fiscales en el acto del juicio oral la reproducción de la pericial con la lectura del análisis documentado.

Por último debe recordarse que al articular como prueba la pericial, no es necesario interesar la citación de dos peritos, pues «si el informe está realizado y suscrito por un Laboratorio Oficial, integrado por un equipo, hace innecesario el de dos peritos como exige el artículo 459 de la LECrim.» (STS 1520/2003, de 17 de noviembre) ya que un informe emitido por un Laboratorio del Servicio de Restricción de Estupefacientes afecto a la Dirección Provincial del Ministerio de Sanidad y Consumo, firmado por el responsable Técnico del Servicio «cumple con creces la exigencia de que sean dos los peritos formulados por la LECrim.» (STS 1365/2003, de 17 de octubre, con cita de las SSTS de 18 y 29 de diciembre de 1997). En el mismo sentido, para la STS 719/2003, de 25 de junio «... es suficiente que el responsable del servicio de que se trate suscriba el informe y en su caso comparezca en el juicio oral para ratificarlo, pues por lo señalado es responsable del trabajo realizado». En parecidos términos se pronuncian las SSTS 630/2003, de 30 de abril y 97/2004, de 27 de enero.

III. ESPECIALIDADES DEL ANÁLISIS DE DROGAS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

La Disposición Adicional 3.^a de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre (BOE de 11 de diciembre de 2002) ha modificado la Ley 38/2002, de 24 de octubre, añadiendo un segundo párrafo al artículo 788.2 de la LECrim., a cuyo tenor:

En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales, sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas.

En este ámbito del procedimiento abreviado habrá, pues, de partirse de que el dictamen sobre la sustancia intervenida recibe el tratamiento de prueba documental que como tal debe proponerse en el escrito de acusación, especificando el folio de las actuaciones donde se encuentra e interesando expresamente su lectura en el acto del juicio oral. En general los señores Fiscales no propondrán la citación de los autores del informe al acto del juicio oral, salvo que las circunstancias específicas concurrentes recomienden otra alternativa. No obstante, si la Defensa impugna las conclusiones contenidas en el informe pericial, los señores Fiscales valorarán los aspectos cuestionados y en función de la entidad o razonabilidad de la impugnación propondrán, en su caso, la comparecencia de los peritos al acto del juicio.

La vigencia de esta conclusión estará lógicamente subordinada a la asunción de la misma en la práctica de nuestros Tribunales, teniendo en cuenta la innegable dosis de polémica que el precepto objeto de análisis ha generado, derivada fundamentalmente del poco ortodoxo procedimiento seguido por el legislador consistente en mutar por ministerio de ley –*mutatio ope legis*– la calificación de una prueba. En todo caso, por más que legalmente se le dé a esta prueba el *nomen iuris* de documento, sustancialmente se mantiene su naturaleza pericial.

Los señores Fiscales habrán de exigir que los informes respeten las exigencias que en cuanto al contenido impone el nuevo artículo 788.2 LECrim., y concretamente

que especifiquen los protocolos científicos seguidos, interesando, en caso de que incurran en omisiones, la correspondiente ampliación.

En ningún caso habrá de interpretarse este artículo 788.2 como una inversión de la carga de la prueba sobre hechos integradores de infracciones penales ni como un expediente de exención probatoria, de limitación de utilización de prueba pertinente o de presunción *contra reo*.

En este punto debe recordarse que conforme al artículo 3.3 EOMF corresponde al Fiscal *velar por el respeto... de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa* y que específicamente en el ámbito del procedimiento abreviado, conforme al artículo 773.1 LECrim., el Fiscal *velará por el respeto de las garantías procesales del imputado*

Los señores Fiscales habrán de seguir, pues, pautas interpretativas de este precepto a la luz de la doctrina acuñada por el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes. En este sentido no se opondrán a la citación de los autores del informe pericial propuesto por la Defensa, ni a la realización de un nuevo informe pericial sobre sustancia, calidad y cantidad de la sustancia intervenida propuesta por la defensa. Habrán los señores Fiscales de partir de que por mucho que se otorgue a los informes periciales tratamiento de documento, los mismos pueden ser combatidos por la defensa. Por ello, la defensa conservará en todo caso el derecho a someter el dictamen oficial a debate contradictorio y a designar peritos.

Habrán pues los señores Fiscales de promover interpretaciones que excluyan cualquier atisbo de indefensión, partiéndose de que el artículo 788.2 no supone la derogación del artículo 784.2, conforme al que *en el escrito de defensa se podrá solicitar del órgano judicial que recabe la remisión de documentos o cite a peritos o testigos, a los efectos de la práctica de la correspondiente prueba en las sesiones del juicio oral o, en su caso, de la práctica de prueba anticipada*.

Como ya ha anticipado la STS 97/2004, de 27 de enero, en relación con este nuevo precepto «no significa que no exista posibilidad de contradicción y que las conclusiones de ese tipo de informes resulten irrefutables. La defensa podrá someter a contradicción el informe, solicitando otros de distintas entidades cualificadas, o de laboratorios particulares, si lo considerase oportuno, o incluso solicitando la comparencia al acto del juicio oral de los que hayan participado en la realización de las operaciones que quedan plasmadas en el informe, pero lo que será necesario en cada caso es justificar que la diligencia que se reclama es necesaria y apta para satisfacer el derecho de contradicción, justificando el interés concreto a través de las preguntas que se le pensaba dirigir, alejando la sospecha de abuso de derecho prescrito por el artículo 11 LOPJ y permitiendo que se pueda verificar por el Tribunal la aptitud de la comparencia solicitada a tales fines.»

Estas pautas son también aplicables al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos regulado en el Título III del Libro IV pues conforme a lo dispuesto en el artículo 795.4 LECrim. «*en todo lo no previsto expresamente en el presente Título se aplicarán supletoriamente las normas del Título II de este mismo Libro, relativas al procedimiento abreviado*».

Igualmente con carácter general para todos los procedimientos habrá de exigirse que los informes incluyan, en su caso, el coeficiente de variación o porcentaje de incertidumbre que presente el resultado relativo a la pureza de la sustancia analizada.

IV. CONCLUSIONES

A modo de recapitulación, pueden establecerse las siguientes:

A. Como instrucción común para todos los procedimientos:

1.º Cuando se proponga como documental el informe sobre análisis de la sustancia intervenida, solicitarán los señores Fiscales en el acto del juicio oral la reproducción de la misma con la lectura del análisis documentado.

2.º Igualmente habrá de exigirse para todos los procedimientos que los informes periciales incluyan el coeficiente de variación o porcentaje de incertidumbre que presente el resultado relativo a la pureza de la sustancia analizada.

B. En el ámbito del proceso ordinario por delitos:

1.º Cuando ya durante la fase de instrucción la Defensa ha impugnado el informe pericial, los señores Fiscales habrán de interesar en su escrito de calificación la práctica de la prueba pericial con citación de los autores del informe.

2.º En otro caso, los señores Fiscales, con carácter general, al proponer la prueba en las conclusiones provisionales, interesarán la citación como peritos de los autores del informe de análisis de droga, pero a esa petición de prueba añadirán por Orosí que en caso de que la Defensa no impugne en sus conclusiones provisionales la prueba pericial, se renuncia a su práctica y se interesa expresamente que no sean citados los peritos a juicio.

3.º En todo caso, se propondrá con carácter de prueba documental, con expresa reseña del folio o folios, el informe de análisis de droga emitido por los correspondientes centros oficiales.

4.º Al proponer la prueba pericial sobre análisis de la sustancia no es necesario interesar la citación de dos peritos, siendo suficiente en su caso que el responsable del servicio de que se trate suscriba el informe y comparezca en el juicio oral para ratificarlo.

C. En el ámbito del procedimiento abreviado y de los juicios rápidos:

1.º Habrá de partirse de que el dictamen sobre la sustancia intervenida recibe el tratamiento procesal de la prueba documental, por lo que como tal deberá proponers en el escrito de acusación, especificando el folio de las actuaciones donde se encuentra.

2.º En el supuesto de que el informe pericial sobre análisis de drogas sea impugnado por la Defensa, los señores Fiscales valorarán los aspectos cuestionados y en función de la entidad o razonabilidad de la impugnación propondrán, en su caso, la comparecencia de los peritos al acto del juicio.

3.º Los señores Fiscales habrán de exigir que los informes respeten las exigencias que en cuanto al contenido impone el nuevo artículo 788.2 LECrim., y concretamente que especifiquen los protocolos científicos seguidos, interesando, en caso de que los informes incurran en omisiones, la correspondiente ampliación.

4.º Los señores Fiscales habrán de interpretar el nuevo artículo 788.2 LECrim. desde el pleno reconocimiento y respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías y al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, no oponiéndose a las citaciones de peritos propuestas por las Defensas y reaccionando a través de los correspondientes recursos frente a inadmisiones de prueba que puedan generar indefensión.

INSTRUCCIÓN 8/2004, SOBRE LA NECESIDAD DE PROMOVER EL ACCESO DE LOS LETRADOS DE LA DEFENSA A LAS COPIAS DE LOS ATESTADOS EN LAS ACTUACIONES ANTE EL JUZGADO DE GUARDIA EN EL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DELITOS

I

La Constitución española reconoce el derecho fundamental a la defensa y a la asistencia de letrado sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24.2).

El artículo 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 dispone que todo acusado tiene, como mínimo, el derecho a *defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan*.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 27 de abril de 1977 dispone en su artículo 14.3.b) que toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a *disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo*.

El derecho de defensa es un derecho sagrado, quizás el más sagrado de todos los derechos en la justicia (SSTS 2320/1993 y 851/1993), habiéndose visto fortalecido tras la reforma operada en el procedimiento abreviado por Ley 38/2002, de 24 de octubre (*vid. arts. 767, 771.2.ª, 768, 775 LECrim.*). La Circular 1/2003, de 7 de abril, *sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado* subrayaba certeramente este aspecto como uno de los pilares de la referida reforma.

Un presupuesto básico para un pleno ejercicio del derecho de defensa es el conocimiento de las actuaciones practicadas en el seno del procedimiento penal.

Si bien el artículo 772.2 LECrim. establece la remisión de copia del atestado por parte de la Policía sólo al Ministerio Fiscal y aunque la única previsión expresa de traslado de las actuaciones originales o mediante fotocopia a *los designados como acusados* se contiene en el artículo 784 LECrim., referido a un momento muy posterior del procedimiento (abierto el juicio oral y formulado escrito de acusación) ello no ha de llevar a la errónea conclusión de que no puede permitirse el acceso a las actuaciones en momentos anteriores. El artículo 118 LECrim. reconoce en su párrafo primero a toda persona a quien se impute un acto punible la facultad de ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento. El artículo 302 LECrim. por su parte, dentro de las disposiciones reguladoras del sumario dispone que *las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento, salvo que se declare total o parcialmente secreta la causa*.

En todo caso, como expresamente reconocían tanto la Circular 2/1995, de 22 noviembre como la Consulta 2/2003, de 18 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, exigencias elementales del derecho de defensa imponen que el letrado y demás partes puedan tomar vista, antes de la comparecencia para decidir sobre la adopción de medidas cautelares, de las actuaciones practicadas hasta ese momento. Tan sólo si ha recaído una declaración judicial de secreto en los términos previstos en el artículo 302 decaerá ese derecho.

II

La representación del Consejo General de la Abogacía ha puesto de relieve en el seno de la Comisión Nacional de seguimiento de la implantación de los juicios rápidos, constituida en el Ministerio de Justicia que algunos Juzgados se niegan sistemáticamente a proporcionar al Letrado Defensor copia del atestado, con el consiguiente entorpecimiento de su función.

En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos, regulado en el Título III del Libro IV de la LECrim. e introducido por la Ley 38/2002 y LO 8/2002, el derecho de defensa debe necesariamente fortalecerse desde el inicio de la causa. Así se desprende inequívocamente de las previsiones contenidas en los artículos 796 y 797 LECrim. Si como refiere la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 *la pieza clave del nuevo procedimiento consiste en una instrucción concentrada ante el Juzgado de guardia*, es de estricta necesidad y justicia facilitar a la Defensa el conocimiento cabal de lo actuado para que pueda desempeñar sus funciones.

La doctrina del TC establece que la asistencia letrada prevista en el artículo 17.3 de la Constitución y reconocida al «detenido» en las diligencias policiales tiene un contenido distinto como garantía del derecho a la libertad al contenido de la asistencia letrada reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido (STC 196/1987 de 11 de diciembre) y consiguientemente aunque en nuestra Constitución se reconoce expresamente el derecho a la asistencia letrada tanto «al detenido» como al «acusado», se hace en distintos preceptos constitucionales garantizadores de derechos fundamentales de naturaleza claramente diferenciada por lo que esta doble dimensión *«impide determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en una lectura y aplicación conjunta de los citados artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución»* (STC 188/1991, de 3 de octubre).

Sin embargo, en las actuaciones del Letrado en el Juzgado de Guardia en el marco del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, ambos planos se funden cuando se asiste a personas detenidas, por lo que en todo caso el Letrado estará actuando en el marco del derecho al proceso debido, con la consiguiente aplicación funcional de su actuación.

Por tanto el Abogado asume la *criminis defensio* ya desde este primer momento, exigiendo tal atribución el conocimiento del atestado.

Si el derecho de defensa se reconoce al imputado desde los primeros momentos no pueden, sin riesgo de reducir a papel mojado tal reconocimiento, sostenerse interpretaciones que conduzcan a su ineficacia práctica. A estos efectos es particularmente importante recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional ha subrayado que *aun en el caso de falta de previsión legal, no queda liberado el órgano judicial, e incluso al propio Ministerio Público «de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales. Por ello, a la luz*

del artículo 24.2 de la CE, que garantiza el derecho a no ser condenado sin ser oído y, por tanto, a no ser condenado sin haber podido ejercer el derecho de defensa, con la debida asistencia Letrada, corresponde cuando se trata de reos asistidos de oficio al celo del órgano judicial, evitar, aun a falta de previsión expresa por parte de la Ley, que se produzcan situaciones de indefensión no imputables al condenado (SSTC 112/1989 y 162/1993)

En tanto el artículo 795.3 LECrim. excluye la aplicación de este procedimiento en aquellos casos en que sea procedente acordar el secreto de las actuaciones, la incoación de diligencias urgentes supone excluir tal posibilidad y consiguientemente tal resolución neutraliza los reparos que potencialmente pueden existir para permitir el acceso del Letrado al atestado. Al mismo tiempo, la previsión legal del artículo 795.3 LECrim. pone de relieve que la tramitación concentrada y rápida propia de este procedimiento especial es incompatible con la limitación del derecho de defensa derivada de una declaración de secreto. El papel que este procedimiento atribuye al Letrado Defensor en el Juzgado de Guardia exige que éste tenga un completo conocimiento de lo actuado.

Por lo demás, la potenciación de la celeridad perseguida por el procedimiento tiene como una de sus herramientas fundamentales la promoción de las soluciones consensuadas, a través de la denominada conformidad beneficiada. Difícilmente podrán fomentarse las conformidades si se ponen trabas al acceso del Letrado a lo actuado.

El respeto escrupuloso y efectivo al derecho de defensa del imputado no ha de ser ajeno al Ministerio Fiscal. Su configuración constitucional como defensor de los derechos de los ciudadanos incluye la protección de los derechos del imputado, y dentro de ellos la salvaguardia del derecho de defensa. Por lo demás, tal derivación es explicitada y recordada por el artículo 773 apartado 1.º de la LECrim., cuyo párrafo primero encomienda al Fiscal velar por el respeto de las garantías procesales del imputado y cuyo párrafo segundo atribuye al Ministerio Fiscal, de manera especial, la función de impulsar y simplificar su tramitación *sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo*.

Por todo lo expuesto habrán los Sres. Fiscales de constituirse en valedores del derecho de defensa que asiste al imputado, contribuyendo a la erradicación de las prácticas denunciadas y promoviendo en el Juzgado de Guardia, en el seno del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos el libre acceso del Letrado a las diligencias practicadas. Los Sres. Fiscales habrán de postular específicamente la entrega al Letrado Defensor de una copia del atestado una vez hayan sido incoadas por el Juez de Instrucción diligencias urgentes conforme al artículo 797.1 LECrim. En los supuestos de denegación improcedente de copias de atestados a los Letrados Defensores por el Juzgado de Guardia habrán los Sres. Fiscales de interponer los correspondientes recursos o, en su caso, adherirse a los interpuestos por la Defensa.

NOTICIARIO

FELICITACIÓN AL NUEVO PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE PENALISTAS

El domingo 19 de septiembre de 2004, en la clausura del XVII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho penal, fue nombrado nuevo Presidente (el primer español que ocupa este cargo) el Prof. José Luis de la Cuesta, Director del Instituto Vasco de Criminología y Catedrático de Derecho penal de la Universidad del País Vasco.

Dicha Asociación, fundada el año 1924, es la más antigua y más numerosa Organización en el campo de la Justicia Penal. Cuenta actualmente con casi 3.000 miembros individuales, con grupos Nacionales o colectivos en 99 países, con 50 grupos nacionales activos. Desde 1950 está acreditada en las NN.UU. (Nueva York y Viena) como O.N.G. en el campo de la Prevención del Crimen y tratamiento del delincuente. Coopera institucionalmente con importantes Organismos de Helsinki, Kampala, Milán, Roma, Riyadh, San José de Costa Rica, Siracusa, y Tokyo. Desde 1985 trabaja intensamente en los campos de la Victimología y de la Justicia Restaurativa y en la creación del Tribunal Penal Internacional.

Por diversos motivos personales y académicos envié al Prof. M. Cherif Bassiouni, anterior Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, la siguiente felicitación para ser leída en el Congreso.

Excmo. Presidente y querido amigo M. Cherif Bassiouni. Lamento no haber podido trasladarme a Beijing para participar en el XVII Congreso Internacional de nuestra Asociación Internacional de Derecho penal, que celebráis en la capital de China, estos días (del 12 al 19 de septiembre de 2004). Siento especialmente no estar presente en el solemne acto académico de clausura, en el que el Profesor y amigo entrañable José Luis de la Cuesta será nombrado nuevo Presidente de la Asociación.

Con estas líneas deseo unirme públicamente a la felicitación de los congresistas al Presidente electo. Todos –y más quienes tenemos la

suerte de vivir cerca de él— sabemos que José Luis de la Cuesta, reúne cualidades extraordinarias para dirigir nuestra Asociación. Le admiramos como investigador, escritor y pedagogo del Derecho penal, como propulsor generoso de todas las actividades de la A.I.D.P., como catalizador infatigable de multidisciplinarias relaciones internacionales, como altruista «buen Samaritano» de las víctimas del delito y del abuso de poder (Declaración de las NN. UU, 29 de noviembre de 1985, y Resolución de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, –18 de enero de 2000–, sobre «Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del poder judicial, la Administración de Justicia, la impunidad. El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales»).

No dudamos que el nuevo timonel de nuestra Asociación, que ya —de joven estudiante— participó invitado en dos Seminarios, en el Centro de Siracusa (diciembre de 1976), y recientemente activo Secretario General Adjunto, seguirá avanzando, cada día con más empeño, inteligente sensibilidad y dedicación, en la línea de los anteriores Presidentes, los Maestros Bouzat, Jescheck y Bassiouni. Conocemos su óptima relación personal y profesional con ellos; su afinidad respecto al compromiso en favor de la defensa y desarrollo de los derechos humanos, y al empeño por intensificar el progreso de los estudios multi, inter y transdisciplinarios, universitarios y extra universitarios, de las ciencias penales, en todos los países, preferencialmente en los menos desarrollados.

La circunstancial limitación de estas líneas me impide referirme a otras cualidades académicas y humanas de la señera personalidad del Profesor de la Cuesta, pero no cabe olvidar su incondicional compromiso contra la tortura y la pena de muerte, en favor de los marginados dentro y fuera de las prisiones en todo el mundo, incluso en Guantánamo, etc.

Reitero mi cordial felicitación a nuestro nuevo Presidente que no cesará en su axiología científica y espiritual... Querido José Luis, permíteme un par de desahogos íntimos en este día tan señalado para ti (para mí y para las personas a las que nos obsequias con tu amistad y tu saber). Recuerda, de vez en cuando, los consejos de don Quijote a Sancho Panza, en pro de la equidad, cuando éste fue nombrado «Gobernador de la Insula Barataria». También puedes rememorar el axioma del insigne jurista y maestro nuestro, Enrique Ruiz Vadillo: «La justicia, sin amor, es una parodia».

Y si, a pesar de estos ideales, las hodiernas tragedias de nuestro frágil y polemógeno (finito y culpable, en terminología de Paul Ricoeur) Derecho penal, en algún momento te impiden sentirte optimista, siempre podrás levantarte esperanzado..., sobre el recuerdo de –entre otros– Dietrich Bonhoeffer, Maximilian Kolbe y el austriaco, objetor de conciencia, Franz Jägerstätter, «legalmente» ejecutado en Berlín el 9 de agosto de 1943; pero desde el año 1961 justamente rehabilitado, reparado y enaltecido por un Tribunal de 1.ª Instancia, en Berlín, y por nuestros colegas juristas, por ejemplo, Reinhard Moos. Tus interiores experiencias hermenéuticas entienden el grito de Heidegger: «Sólo un Dios puede salvarnos todavía... El hombre, en cuanto hombre, habita en la cercanía de Dios».

Termino manifestando mi cordial agradecimiento a ti, fraternal amigo M. Cherif, nuestro Presidente saliente, por tus paradigmáticos esfuerzos y logros al frente de nuestra Asociación, sin olvidar tus ciclópeos trabajos en pro del *Tribunal Penal Internacional*, y de la *Resolución de las Naciones Unidas*, de 18 de enero de 2000, antes citada.

Mis agradecidos abrazos a todos los que habéis acudido a Beijing, para participar en este Congreso. De vuestras ponencias, comunicaciones y diálogos esperamos aportaciones eficaces para alcanzar pronto la deseada universal solidaridad y paz, fruto de la justicia... restaurativa. *Ad maiorem gloriam*.

ANTONIO BERISTAIN, S. J.
Catedrático de Derecho penal
San Sebastián

NOTICIA-HOMENAJE

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI: PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL (AIDP)

El pasado 19 de septiembre de 2004 José Luis de la Cuesta Arzamendi fue elegido Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). La elección tuvo lugar en Beijing (China), durante la Asamblea de la Asociación que siguió al acto de clausura del XVIIº

Congreso Internacional de Derecho Penal. José Luis de la Cuesta es el primer español que ocupa dicho puesto en la «centenaria» Asociación, y une su nombre al de penalistas de la talla de *Franz von Liszt*, *Hans-Heinrich Jescheck* o *M. Cherif Bassiouni*.

La Asociación Internacional de Derecho Penal que preside José Luis de la Cuesta es la organización internacional de mayor tamaño y relevancia del mundo en el campo de la justicia penal. Se fundó oficialmente en París el 24 de marzo de 1924, pero no como una organización enteramente nueva, sino en realidad para proseguir la obra de la Unión Internacional de Derecho Penal (en adelante la Unión), fundada en Viena en 1889 por tres destacados penalistas: *Franz von Liszt* de Marburgo (Alemania), *Gérard van Hamel* de Amsterdam (Países Bajos) y *Adolphe Prins* de Bruselas (Bélgica). Por eso, la historia de la Unión puede considerarse parte de la historia de la AIDP, y de ahí la afirmación de que la Asociación cuenta con más de cien años de vida, siendo la organización académica mundial más antigua en el campo de la justicia penal y una de las asociaciones académicas más antiguas del mundo (1).

Constituye una tarea no exenta de dificultades la de resumir la fructífera vida académica y científica de su actual presidente, José Luis de la Cuesta. En estas líneas aspiro apenas a esbozar su activa e incansable trayectoria docente e investigadora, poniendo el acento en su labor en el ámbito internacional. Su coherencia docente e investigadora, reflejada ampliamente en una vida dedicada a la universidad, simplifica de alguna manera esta complicada tarea.

La carrera universitaria de José Luis de la Cuesta se encuentra íntimamente vinculada a la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*, y concretamente a la Facultad de Derecho de San Sebastián, su localidad natal, de la que es Catedrático de Derecho Penal. En la actualidad es también Director del Instituto Vasco de Criminología (IVAC) de dicha universidad.

José Luis de la Cuesta estudia en la Facultad de Derecho de San Sebastián entonces perteneciente a la Universidad de Valladolid, y obtiene el título de licenciado en 1977 con la calificación de Sobresaliente y Premio Extraordinario, siéndole concedido el Segundo premio nacional de terminación de estudios universitarios (Derecho). Inmediatamente se incorpora a la plantilla de profesores de dicha Facultad

(1) Cfr. BASSIOUNI, M. Cherif, «AIDP: Asociación Internacional de Derecho Penal: más de un siglo de dedicación a la justicia penal y los derechos humanos», en *Recueil de l'Association internationale de droit pénal. Compendium of the International Association of Penal Law*. Nouvelles Études Pénales, n° 18, 1999, (traducción de José Luis de la Cuesta Arzamendi), pgs. 65-94.

como profesor ayudante, y comienza la elaboración de su tesis doctoral bajo la experta dirección de su maestro, el profesor *Antonio Beristain*. Para abordar la tarea que supone una tesis doctoral, realiza estancias de investigación en las universidades de Pau (Francia, en 1978) y Edimburgo (Escocia, en 1979). Su inquietud intelectual y la influencia de su maestro, *Antonio Beristain*, una de las figuras más importantes en el campo de la Criminología, llevan a José Luis de la Cuesta a emprender los estudios de esta disciplina, que culmina en 1979 con la obtención del Diploma Superior en Criminología por el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. En 1981 obtiene el grado de doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco, con Sobresaliente *cum laude* y Premio Extraordinario. A continuación realiza nuevamente estancias, esta vez postdoctorales, en instituciones extranjeras: acude a finales de 1981 a la Universidad de Lovaina-la-Nueva (Bélgica), y de allí en 1982 al *Max-Planck Institut für Strafrecht* de Alemania. La magnitud de los fondos bibliográficos de que dispone en esta institución alemana impresiona a José Luis de la Cuesta, lo que motiva su visita en sucesivos años posteriores (hasta 1985) para realizar diversas estancias de investigación, en las que entabla contacto con penalistas extranjeros y españoles que se encuentran en fase de formación o perfeccionamiento en Alemania, con quienes sigue manteniendo hoy día una gran relación de amistad.

La *dimensión internacional* del profesor de la Cuesta se manifiesta desde sus primeros pasos en la universidad. Todavía estudiante de licenciatura, en diciembre de 1976, participa en el Seminario sobre Derecho Penal Internacional organizado para doctorandos por el *Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales* (ISISC) de Siracusa (Italia). Entra así en contacto con una institución íntimamente vinculada a la Asociación, y entabla una cordial relación con un grupo de importantes penalistas extranjeros, que con el tiempo ocuparán altos cargos en la AIDP.

En la *Asociación Internacional de Derecho Penal* fue elegido en 1987 redactor jefe adjunto para la lengua española de la *Revue Internationale de Droit Pénal*, y desde 1999 hasta 2004 Redactor-Jefe de dicha revista. En 1989 *M. Cherif Bassiouni* es elegido en Viena Presidente de la AIDP y José Luis de la Cuesta se integra en su Comité Ejecutivo como Secretario General Adjunto, cargo en el que es renovado en los sucesivos Congresos Internacionales hasta 2004. Su labor durante todos estos años en el seno de la AIDP ha sido muy intensa, en particular, como impulsor de la utilización de la lengua española en el seno de la Asociación. José Luis de la Cuesta ha dedicado mucho tiempo y esfuerzo a traducir al español textos oficiales o no de la Aso-

ciación. Esto, además de facilitar a los penalistas de lengua española el acceso a los documentos de mayor relevancia, ha contribuido al fomento y difusión de la Asociación en España y Latinoamérica.

Una especial vinculación existe entre la AIDP y el ya mencionado *Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales* (ISISC - Siracusa, Italia), fundación científica no lucrativa dedicada al estudio de las ciencias penales, que goza de estatuto de organización no gubernamental consejera de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, y se beneficia de un acuerdo especial de cooperación con el Centro de Naciones Unidas para la Prevención del Crimen Internacional. De hecho, la AIDP es uno de los fundadores de dicho Instituto, y desarrolla una parte muy importante de su actividad científica a través del mismo. Pues bien, José Luis de la Cuesta, que como hemos visto ya entra en contacto como estudiante con el ISISC, pertenece a su Consejo de Administración desde 1992.

La proyección internacional de José Luis de la Cuesta se manifiesta también en los cargos que ocupa en *otras asociaciones internacionales* relacionadas con la justicia penal, y en su colaboración con *organizaciones internacionales*. A título meramente ejemplificativo, ha sido miembro de la Comisión Científica y es miembro del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Criminología. Colabora también con el *Consejo de Europa*, habiendo participado, por ejemplo, en el Programa conjunto entre el Consejo de Europa y la Comisión Europea para Armenia sobre la ejecución de las sentencias de prisión en este país.

Desde el *punto de vista investigador*, José Luis de la Cuesta defiende lo que uno de los padres de la AIDP, *Franz Von Liszt*, denominaba ciencia «global» o «total» del Derecho penal, que combina el método jurídico con el método científico propio de la Criminología. Y eso es patente en una gran parte de sus obras, en las que el dominio de la dogmática jurídica en el análisis de las normas penales se completa con una visión de la realidad social a la que se van a aplicar tales normas.

Publica su primer *libro* individual en 1982 con el título *El trabajo penitenciario resocializador*, que recoge el contenido de su tesis doctoral. Ya al comienzo de su actividad investigadora se adentra en una difícil disciplina, el Derecho penitenciario, muy poco estudiada entonces –y yo añadiría que incluso ahora–, llegando a convertirse su trabajo en un libro de referencia en esta materia. En el año 1990 publica *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del Código Penal*, en el que analiza los tipos penales que sancionan la tortura en el Código penal español a la luz de las normas internacionales. Ha publicado muchos otros libros en colaboración con otros autores; y entre las compilaciones merece destacarse el

Libro Homenaje a su maestro, *Antonio Beristain*, que lleva por título *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*.

La fructífera actividad investigadora de José Luis de la Cuesta se plasma también en una larga lista de *artículos* en varios idiomas sobre diversos temas penales. No es posible aquí aludir a todos ellos, por lo que nos limitamos a mencionar los que consideramos que han tenido mayor relevancia. En cuanto a la *Parte General* del Derecho penal destaca su trabajo «*Presupuestos fundamentales del Derecho Penal*» (2). Asimismo es autor de contribuciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sobre el principio de culpabilidad [ha tenido gran acogida su trabajo titulado «*El legado genético y el principio de culpabilidad. Algunas conclusiones provisionales*» (3)], y sobre la imputabilidad.

También ha centrado su atención en las *consecuencias jurídicas del delito*; es autor de trabajos sobre la pena de muerte, las penas privativas de libertad, las penas alternativas a la privación de libertad, así como sobre las medidas penales. Y, evidentemente, ha publicado numerosos trabajos sobre materias propias del Derecho penitenciario: trabajo penitenciario, resocialización, régimen abierto, calabozos y otros centros de detención y régimen de detención preventiva.

La rica e infatigable actividad investigadora queda igualmente evidenciada en los temas de la *Parte Especial* que han sido objeto de estudio de José Luis de la Cuesta. Entre otros, merecen subrayarse los delitos de tortura, contra el medio ambiente y la ordenación del territorio, el tráfico de drogas, terrorismo, delitos relativos a la manipulación genética, la corrupción y el crimen organizado. Así, por citar solo algunos de ellos, en cuanto a *las drogas* realiza en 1986 una investigación por encargo del Gobierno Vasco en la que elabora un Proyecto de Ley en materia de drogodependencias, y que sirvió de base para la primera ley vasca sobre drogodependencias. Durante los años posteriores su actividad investigadora en la materia ha sido muy intensa. Los *delitos contra el medio ambiente* han sido repetidas veces objeto de su atención desde la publicación en 1982 de su pionero trabajo sobre la ley alemana de lucha contra los ataques al medio ambiente (4). En conexión con los delitos contra el ambiente, también se ha ocupado de los delitos sobre la ordenación del territorio. materia en la que

(2) Aparecido por vez primera en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 3, 1989, pp. 55-78.

(3) Publicado en el libro *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. II, Bilbao, 1994, pp. 63-69.

(4) «La loi allemande pour la lutte contre les atteintes à l'environnement. Exemple à suivre?», en *Amenagement du territoire et Droit foncier*, 11, junio 1982,

podemos destacar su obra de 1983 titulada «*Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tít. XIII, L. II, PANCP 1983)*», relativa la novedosa regulación de este tema que se incluía en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983(5). En cuanto al *terrorismo*, considero de interés subrayar su primer trabajo de 1986 con el título «*Atenuación, remisión de la pena e indulto de miembros de grupos terroristas*»(6), al que se le unen posteriormente otros trabajos publicados en diversos idiomas. Es autor también de varias contribuciones sobre los *delitos relativos a la manipulación genética* y sobre la *criminalidad organizada*, tema este último sobre el que publicó en 2001 un completo trabajo titulado «*El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites*»(7). Por último, señalar su interés creciente por el estudio de los *delitos de corrupción*, tanto en el sector privado como en las transacciones comerciales internacionales.

El *Derecho Penal de Menores* ha sido uno de los temas que más tempranamente centraron la atención investigadora de José Luis de la Cuesta. Tras su estudio de 1986 «*La reforma de la legislación tutelar. ¿Un derecho penal de menores y jóvenes?*»(8), diez años más tarde, en 1997, en un momento en el que se vivía una intensa actividad pre-legislativa y un gran debate social acerca de los menores infractores, publica en colaboración con E. Giménez-Salinas el trabajo «*Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España*»(9).

José Luis de la Cuesta es uno de los grandes impulsores en España del *Derecho penal internacional*. Se observa aquí una gran influencia de la Asociación y de su anterior presidente, *M. Cherif Bassiouni* –la persona que más ha trabajado en favor de la difusión de la disciplina del Derecho penal internacional– en la faceta investigadora del actual presi-

pp. 7-14. Publicado en castellano, con la traducción del nuevo título XXVIII StGB en *Cuadernos de Política Criminal*, 18, 1982, pp. 651-667.

(5) Aparecido en *Documentación jurídica*, 1983, pp. 165-224.

(6) Publicado en *Cuadernos de Política Criminal*, 30, 1986, pp. 559-602.

(7) Publicado en F. Gutiérrez-Alviz Conradi, M.Valcárcce López (Dir.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, 2001, pp. 85-123.

(8) Publicado en A.Beristain, J.L. de la Cuesta (Comps.), *Los derechos humanos ante la Criminología y el Derecho Penal*, UPV/EHU, Bilbao, 1986, pp. 153-229 (reproducido parcialmente con el título «Un nuevo Derecho Penal Juvenil y de Menores», en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 2, 1988, pp. 61-69).

(9) Aparecido en *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, primer volumen, Valencia 1997, pp. 539-567.

dente, que tiene su origen en la traducción de algunas obras de *Bassiouni*, como «*El Derecho penal internacional: historia, objeto y contenido*» (10) de 1982, y esencialmente en la traducción del libro *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*, al que incorpora notas y un anexo. Muy tempranamente, en 1983, publica José Luis de la Cuesta su trabajo «*El Proyecto de Código Penal Internacional*» (11), en el que analiza detenidamente dicho proyecto elaborado por el profesor *Bassiouni*. Posteriormente ha publicado otras contribuciones sobre el tema, y en muchos otros trabajos no específicos sobre esta materia incorpora como objeto de estudio el del Derecho penal internacional, como en su monografía sobre el delito de tortura o en sus publicaciones sobre la política criminal en materia de drogas.

Y como penalista global o total ha escrito sobre Criminología y Victimología, disciplinas éstas que ha cultivado en muchas de sus contribuciones. Sobre *Criminología* su actividad ha sido muy variada, ocupándose de forma específica de temas tales como la enseñanza de la Criminología, la inseguridad ciudadana y las representaciones sociales sobre la delincuencia. Sobre *Victimología* destacamos su contribución publicada en el año 1988 titulada «*La reparación de la víctima en el derecho penal español*» (12), y el trabajo empírico «*Víctimas de robos y agresiones violentas en la ciudad de Vitoria-Gasteiz*» (13).

José Luis de la Cuesta es un *docente* de alto nivel. Cuida mucho la preparación e impartición de sus clases, lo que le ha generado una merecida fama de excelente profesor. Es más, su calidad como docente tiene un alto reconocimiento internacional, que queda patente en las numerosas invitaciones que recibe de universidades extranjeras. Ha sido –y continúa siendo– profesor invitado en universidades europeas [Universidad de Leuven (Bélgica), Universidad de Pau y de los Países del Adour (Francia), Universidad París XII (Francia), Universidad de Catania (Italia)] y americanas [Pontificia Universidad Católica de Chile, DePaul University (Chicago, Estados Unidos)]. Además es una persona que apuesta decididamente por las nuevas tecnologías aplicadas a la docencia. Por eso ha sido uno de los impulsores del Campus Virtual de la Universidad del País Vasco, en el que imparte –en colaboración con otros profesores– la asignatura *Introducción al Derecho*

(10) Publicado en *Anuario de Derecho Penal*, 1982, pp. 5-42.

(11) En *Revista de Derecho Público*, julio-diciembre 1983, pp. 629-653.

(12) Publicado en *Las víctimas del delito. Cuadernos de extensión universitaria*, 23, Bilbao, 1988, pp.173-149.

(13) Publicado en *Annales Internationales de Criminologie*, vol. 31, 1-2, 1993, pp. 107-126.

Penal y Procesal, utilizando igualmente la plataforma virtual como apoyo al resto de sus clases (presenciales).

Pero además de ser un extraordinario docente, que enseña a los estudiantes de licenciatura, se dedica a la *formación de doctores*. Son varias ya las tesis doctorales que ha dirigido, y que han obtenido la máxima calificación. La dedicación a sus doctorandos es muy intensa, lo que se traduce en una dirección de tesis modélica que cuida mucho la realización de un trabajo de investigación serio y riguroso. Pero su labor no se queda sólo en la orientación del doctorando con el suministro de conocimientos y pautas investigadoras. José Luis de la Cuesta es un ejemplo de director y maestro generoso, respetuoso y tolerante, que aporta a sus doctorandos y discípulos una formación integral, que no se limita sólo a lo científico, sino que se extiende también a lo humano.

Su intensa trayectoria docente e investigadora se combina con su compromiso con la *gestión académica*. Son muchos los cargos que ha desempeñado José Luis de la Cuesta. Por mencionar alguno, ha sido Vicedecano de la Facultad de Derecho de San Sebastián, Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad del País Vasco y Vicerrector del Campus de Guipúzcoa de la Universidad del País Vasco. Precisamente, como Vicerrector impulsó la creación de la Cátedra de Calidad de la Universidad del País Vasco, colaborando en la actualidad en temas de mejora de la calidad universitaria como auditor de la ANECA.

José Luis de la Cuesta no es sólo una persona inquieta intelectualmente, sino que también es una persona comprometida con la justicia social y la defensa de los marginados y desfavorecidos. Mantiene una postura activa en contra de la tortura y de la pena de muerte y es un defensor a ultranza de los Derechos humanos. Su compromiso con los desfavorecidos es patente en el tiempo que dedica a la labor de varias entidades y en particular como Presidente de la Fundación Hurkoa, de ayuda a personas incapaces más necesitadas de protección, especialmente de personas mayores.

Como discípulo suyo, no puedo terminar sin expresar el orgullo que siento por este nombramiento, y quiero desearle al nuevo presidente, en mi nombre y en el de todos sus discípulos, el mayor de los éxitos en esta nueva etapa que se abre en su vida universitaria.

ISIDORO BLANCO CORDERO

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Vigo

Redactor Jefe para la lengua española
de la Revue Internationale de Droit Pénal

ÍNDICE

Págs.

SECCIÓN DOCTRINAL

<i>Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y Kant</i> , por Joachim Hrushka	5
<i>Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta</i> , por Juan Antonio Lascaraín Sánchez	19
<i>Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado</i> , por Carmen Juanatey Dorado	53
<i>Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de junio de 2004</i> , por Miguel Abel Souto	77
<i>¿Crisis de la ley? La corrección de errores como fuente del Derecho penal</i> , por Mariano Melendo Pardos	107
<i>Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena</i> , por Jacobo Dopico Gómez-Aller	143
<i>En el centenario de la publicación de Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem de Gustav Radbruch ¿Fractura de la teoría jurídica del delito?</i> , por Juan Manuel Lacruz López	177
<i>La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español</i> , por Marina Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch	219
<i>Modalidades de la ejecución penitenciaria en España hasta el siglo XIX</i> , por Pedro Alejo Llorente de Pedro	311

CRÓNICAS EXTRANJERAS

<i>La responsabilidad penal de la persona jurídica y el Derecho Comunitario: un caso de tensión constitucional (a propósito de los artículos 2.º y 4.º del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur)</i> , por José Daniel Cesano	387
--	-----

SECCIÓN LEGISLATIVA

<i>Proposiciones</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro	403
--	-----

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sección dirigida por Santiago Mir Puig. El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular</i> , por Juan Carlos Hortal Ibarra	509
<i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i> , por Gema Martínez Galindo	559
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro y Abel Tellez Aguilera	669

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

797

NOTICARIO

<i>Felicitación al nuevo Presidente de la Asociación Internacional de Penalistas</i> , por Antonio Beristain	903
<i>Noticia-homenaje. José Luis de la Cuesta Arzamendi. Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)</i> , por Isidoro Blanco Cordero	905

