

ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y CIENCIAS PENALES

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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

Periodicidad: Cuatrimestral.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

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

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

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 84 / 97

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: 91 538 21 21

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

TOMO LVIII, FASCÍCULO II
Mayo-agosto, 2005

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2006

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://publicaciones.administracion.es>

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

Reservados todos los derechos.

NIPO (BOE): 007-06-003-5
NIPO (M. de Justicia): 051-06-004-5
ISSN: 0210-3001
Depósito legal: M-126/1958

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

Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata *

RENÉ BLOY

Profesor de Derecho Penal. Universidad de Friburgo de Brisgovia

I. LA RELEVANCIA DOGMÁTICA DE LA TENTATIVA BURDAMENTE INSENSATA

La tentativa por burda insensatez, la irreal o incluso la supersticiosa parecen, ante todo, referirse a cuestiones marginales del derecho penal y, principalmente, ser apropiadas para enriquecer el folklore jurídico. En la práctica se han conocido casos de esa índole en forma completamente aislada (1). Igualmente, este «gabinete de curiosidades» (2) ha merecido una regulación (muy censurada) del legislador (§ 23, párr. 3, StGB). La llamativa fuerza de atracción que tiene este tema en la doctrina, al menos desde Feuerbach (3), debería explicarse

* *Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs*, publicado en *ZStW*, t. 113 (2001), pp. 76 y ss. Traducción de Paola Dropulich (Universidad de Buenos Aires) y Thomas Kliegel (Universidad de Münster).

(1) BGHSt., t. 41, p. 94 (sobre tentativa por burda insensatez); RGSt., t. 33, p. 321 (sobre tentativa supersticiosa); de la jurisprudencia suiza, véase BGE, t. 70 (1944), IV, p. 49, y Tribunal de Apelación de Basilea, BGM (Basler Juristische Mitteilungen), 1959, p. 129 (ambas sobre tentativa insensata); cf. también BGE, t. 78 (1952), IV, p. 145 (por el paralelo evidente con el caso BGHSt., t. 41, p. 94, aunque el BG no ha tenido en cuenta una tentativa insensata).

(2) Cf. BURKHARDT, *Der «Rücktritt» als Rechtsfolgebestimmung*, 1975, p. 98, que considera la discusión en este campo «más penosa que científica». Ya GEYER, *ZStW*, t. 1 (1881), p. 36, opinaba que tales casos debían ser excluidos como «producto de extravíos inútiles [...] de quien vive en un mundo de ilusiones».

(3) Por primera vez, FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 4.^a ed., 1808, § 42, nota b. Por lo demás, sobre la delimitación

reflexivamente cuando menos en la medida en que ella indica que detrás de una fachada de ingenuidad y estrechez intelectual (de los protagonistas intervinientes) se oculta una problemática que, por su parte, de ningún modo se puede liquidar como «curiosidad» y que exige un juicio sensato (del dogmático), acorde a la realidad.

La significación dogmática de la tentativa por burda insensatez se puede esbozar de la siguiente manera: mediante el § 23, párr. 3, StGB, se puede extraer en determinada dirección qué contenido de ilícito tiene que exhibir como mínimo una conducta, para que sea conminada con pena por el derecho vigente. La gran trascendencia sistemática de esta disposición (4) consiste, por tanto, en que ofrece *de lege lata* una pauta para la concreción de este mínimo, en que indica, por ende, un *concepto material del hecho punible* implícitamente coformulado en el Código Penal alemán –aun cuando, acaso, sólo en forma fragmentaria–. A esta tarea de naturaleza expositiva se vincula una segunda, crítica, pues tiene que encontrarse una respuesta a la cuestión de si el límite trazado en ese lugar por el derecho vigente entre conducta punible e impune es convincente también a partir del objeto mismo.

II. LOS PRESUPUESTOS MÍNIMOS DEL ILÍCITO PENAL A LA LUZ DEL § 23, PÁRRAFO 3, STGB

1. Delimitación del objeto de investigación

La pregunta por el menor ilícito penalmente significativo es la pregunta por el mínimo común denominador al que, en última instancia, se pueden reducir todos los hechos punibles. Independientemente de la posición que se adopte frente a la función del resultado en el concepto de ilícito, es seguro que la dimensión de resultado del hecho, por lo menos en este contexto, tiene que carecer de significación, pues la producción del resultado típico no es esencial para el hecho punible. En la determinación del mínimo de ilícito penal se trata, entonces, de la concreción de aquel núcleo de ilícito sin el cual tampoco se configura un delito cuando falta el resultado, por tanto, de la *tentativa*. En la tentativa, ciertamente, puede estar realizado el ilícito en menor o

de la punibilidad de la tentativa por medio de una cláusula de insensatez se discute ya desde mediados del siglo XIX: véase p. ej. MITTERMAIER, GS, t. 11 (1859), pp. 408 y s.; STRUENSEE, ZStW, t. 102 (1990), p. 44, con notas 80, 81, respectivamente con referencias.

(4) Cf. también STRATENWERTH, *Allg. Teil I*, 4.^a ed., 2000, § 11, núm. m. 50.

mayor medida; sean mencionadas en este lugar sólo la tentativa inacabada y la acabada, que representan fases diferentemente desarrolladas de realización del proyecto de acción en el hecho. Por ende, la búsqueda del mínimo de ilícito tendrá que concentrarse en los estadios menos desarrollados de realización de la tentativa.

Frecuentemente, la concreción del ilícito mínimo de la tentativa se presenta en forma de delimitación entre el acto preparatorio y la conducta de ponerse inmediatamente a realizar el tipo; esto marca el paso hacia la tentativa, y, mediante tal conducta, el autor atraviesa el umbral «regular» hacia la punibilidad (5). Pero esta cuestión trata sólo un aspecto del problema, a saber, la determinación *cuantitativa* del mínimo de ilícito: ¿qué *medida* en proximidad al tipo tiene que ser alcanzada, en base a un patrón temporal de fases del hecho punible, para atravesar el umbral de punibilidad? El otro aspecto, menos considerado, se refiere a la determinación *cualitativa* del mínimo de ilícito: ¿qué *propiedades* tiene que mostrar una acción (incluso si fuera efectuada en el estadio de ejecución) para ser ilícito de tentativa?

Quien quiera responder esta última pregunta atendiendo al § 23, párr. 3, StGB, podría enfrentarse con la objeción de que con ello la tentativa inidónea ascendería a prototipo de ilícito penal, a pesar de que en un derecho penal orientado hacia la protección de bienes jurídicos legítimamente le corresponde, a lo sumo, una función complementaria de la punibilidad de formas de conducta que son objetivamente peligrosas para los bienes protegidos (6). Sin embargo, es casi innegable que la tentativa inidónea, según la concepción del derecho vigente, de ninguna manera posee un rol especial en relación con la tentativa idónea, lo cual precisamente hace evidente el § 23, párr. 3, StGB, pues – dado que sólo para la tentativa inidónea calificada prevé una regulación especial– implica la vigencia del principio de que tentativa idónea e

(5) Los casos, también existentes, de preparación punible son considerados, como se sabe, como excepciones, de fundamentación especial, a la regla de que la punibilidad inicia, como muy pronto, con el comienzo de la tentativa; véase, al respecto, en lugar de muchos, MAURACH/GÖSSEL, *Allg. Teil* 2, 7.^a ed., 1989, § 39, núm. m. 19; JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, 5.^a ed., 1996, p. 523; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 25.^a ed., 1997, previo al § 22, núm. m. 13; críticamente sobre la criminalización de actos preparatorios, JAKOBS, *ZStW*, t. 97 (1985), pp. 752, 756 y s., 765.

(6) Así, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 88; ídem, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 42; en este sentido también Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, p. 25; RUDOLPHI, *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 72 y s.; STRATENWERTH, *Festschrift für Schaffstein*, 1975, p. 192; GALLAS, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 159; ROXIN, *Festschrift für Nishihara*, 1998, pp. 159, 162; HIRSCH, *ZStW*, t. 94 (1982), p. 242, nota 102.

inidónea tienen igual categoría (7). Si esto es así, la tentativa inidónea no puede presentar un déficit de ilícito que ponga en duda su aptitud para personificar el mínimo de ilícito del hecho punible (8). Evidentemente, dos temores son los que respaldan los mencionados reparos: por un lado, que no se encuentra una base de legitimación uniforme para la punibilidad de la tentativa idónea e inidónea; y, por otro, que no se puede dar prueba de un componente objetivo de ilícito para el contenido de ilícito de la tentativa inidónea. Pero se demostrará a continuación que ambos temores son infundados.

2. La legitimación de la punibilidad de la tentativa inidónea

a) *La teoría de la impresión*

La antigua y conocida objeción en contra de la punibilidad de la tentativa inidónea, según la cual en un derecho penal de protección de bienes jurídicos sólo la tentativa peligrosa podría pretender un lugar (9), es enfrentada hoy, en general, con ayuda de la denominada teoría de la impresión. De acuerdo con ella, el fundamento de la pena de la tentativa reside en su aptitud para conmover la confianza pública en la vigencia del orden jurídico. En el caso normal esto debe ser aplicable también a la tentativa no peligrosa. De ese modo, la *perturbación de la paz jurídica* que la tentativa significa es explicada, sobre la base de fines de prevención general, por el fundamento de legitimación de la pena de la tentativa.

Como ya ha sido frecuentemente constatado por sus críticos (10), la teoría de la impresión se resiente, sobre todo, al no establecer una relación entre perturbación de la paz jurídica y bien jurídico ata-

(7) Véase, p. ej., MAURACH/GÖSSEL, *Allg. Teil 2*, § 40, núm. m. 139.

(8) Cf. también LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 203.

(9) Sobre la teoría objetiva de la tentativa, que se remonta a FEUERBACH (nota 3), § 42, resumiendo, Peter ALBRECHT, *Der untaugliche Versuch*, 1973, pp. 6 y ss.; en tiempos más recientes, en profundidad, WEIGEND, en HIRSCH/WEIGEND (comp.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, pp. 113 y ss.; HA, *Die strafrechtliche Behandlung des untauglichen Versuchs*, 1991, pp. 35 y ss.

(10) Críticamente sobre la capacidad de rendimiento de la teoría de la impresión, p. ej., STRATENWERTH, *Allg. Teil 1*, § 11, núm. m. 21; KÜHL, *Allg. Teil*, 3.^a ed., 2000, § 15, núm. m. 41 y ss.; BURKHARDT (nota 2), p. 56, nota 31, p. 71; SCHÖNWANDT, *Grundlagen der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, tesis doctoral en Göttingen, 1975, pp. 70 y ss., 78 y s.; ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, 1982, pp. 208 y ss.; WEIGEND (nota 9), pp. 121 y ss.; ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 21 y ss.; MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 4 y s.

cado (11). En lugar de ello, se ponen ambas cosas en una, de modo que la tentativa aparece como delito contra la paz jurídica, la cual no es un bien jurídico como tal, sino que personifica el supremo valor jurídico general, que posee múltiples facetas (12) y, entre otras cosas, es garantizado mediante la protección penal de bienes jurídicos. Ahora bien, ni toda perturbación de la paz jurídica consiste en un ataque a un bien penalmente protegido, ni todo ataque a un bien jurídico es *per se* una forma de perturbación de la paz jurídica. No obstante, para un derecho penal de protección de bienes jurídicos, vale el principio «protección de la paz jurídica –sólo– mediante protección de bienes jurídicos». Para la punibilidad de la tentativa esto significa que ella sirve a la protección de la paz jurídica sólo en la medida en que amplía la protección de bienes jurídicos, en una determinada extensión, al campo previo de los tipos penales (consumados) de la parte especial. Por ende, solamente es legitimada mediante la referencia de la tentativa al bien jurídico protegido por el respectivo tipo penal de la parte especial.

b) *¿La tentativa inidónea como delito de peligro abstracto?*

En un cierto sentido, es sólo tentativa «idónea» la que constituye el estadio de tránsito hacia la consumación del hecho. Pues, *ex post* considerada, toda tentativa que no ha conducido a la consumación se ha mostrado inidónea para producir el resultado típico (13). En cam-

(11) Se esfuerza seriamente por demostrar tal relación, por lo menos, RADTKE (*JuS*, 1996, p. 881). En cambio, LAMPE (*Das personale Unrecht*, 1967, p. 59) se expresa abiertamente en el sentido de ver el objeto de ataque, en caso de tentativa inidónea, directamente en la paz jurídica.

(12) P. ej., también desde el punto de vista del derecho procesal: para definir la meta del proceso penal juega un papel considerable el restablecimiento de la paz jurídica (p. ej. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25.^a ed., 1998, § 1, núm. m. 3; BEULKE, *Strafprozeßrecht*, 4.^a ed., 2000, núm. m. 6; en profundidad, SCHMIDHÄUSER, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 516 y ss.); se entiende por sí mismo que no sólo el derecho penal material y el derecho procesal penal sirven para asegurar la paz jurídica, sino que esto es, antes bien, misión del ordenamiento jurídico en su conjunto. Con la función del derecho de mantener la paz se expresa, por último, sólo su carácter de medio de autoentendimiento estatalmente institucionalizado de la sociedad sobre determinadas formas de sus conflictos. Al respecto, en general, LAMPE (nota 11), p. 217, con otras referencias; véase también WÜRTEMBERGER, *Festschrift für Peters*, 1974, p. 209, que, sin embargo, concibe la paz jurídica también como bien jurídico (lug. cit., pp. 214 y ss.); cf. además, THOMAS FISCHER, *Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung*, tesis doctoral en Würzburg, 1986, esp. pp. 512 y s., 527 y ss.

(13) Por ello, en el pasado fue considerada en parte irrealizable la distinción entre tentativa idónea e inidónea; véase, p. ej., RGSt, t. 1, p. 442; VON BURI, ZStW, t. 1 (1881), p. 186; DELAQUIS, *Der untaugliche Versuch*, 1904, p. 175; VON BAR,

bio, desde una perspectiva *ex ante*, son posibles distintos juicios sobre la idoneidad de una tentativa para alcanzar el resultado. Se trata, por tanto, de la peligrosidad de la tentativa (14). Si la conducta del autor es peligrosa para el objeto de bien jurídico protegido, se habla de una tentativa idónea. Inidónea es, por el contrario, la conducta de tentativa que permanece no peligrosa.

Ahora bien, si la tentativa debe mostrar también en la forma de tentativa inidónea una referencia al bien jurídico, entonces, es natural concebirla como delito de peligro abstracto. De hecho, esta forma de consideración de ningún modo resulta escasa en la doctrina (15). Sin embargo, se alzan contra ella importantes reparos (16), pues los tipos de peligro abstracto describen formas de conducta generalmente peligrosas como, por ejemplo, la conducción en estado de embriaguez en el tráfico vehicular (§ 316 StGB). Pero de ninguna manera la tentativa inidónea es un delito ligado a determinada forma de conducta, pues se carece de toda tipificación legal (o desarrollada en vías de una interpretación teleológica) de una peligrosidad general de la conducta de tentativa. Y este no es un déficit que pueda ser superado, porque la tipificación podría efectuarse, a lo sumo, con relación a cada determinado tipo penal de la parte especial (17). Como figura dogmática de la

Gesetz und Schuld im Strafrecht II, 1907, pp. 524 y s.; zu DOHNA, *Festgabe für Güterbock*, 1910, p. 54; ROEDER, *Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Spiegel der subjektiven und objektiven Strafrechtstheorie*, 1953, p. 19; también aún BAUMANN/WEBER, *Allg. Teil*, 9.^a ed., 1985, pp. 470 y s.

(14) Aquí no hace falta tratar la cuestión, muy discutida, de *cómo* se distingue la conducta peligrosa de la no peligrosa. Sólo importa *que* esta diferenciación es hecha. El § 23, párr. 3, StGB presupone en todo caso que hay tentativas (idóneas) que pueden conducir a la consumación y tentativas (inidóneas) que no pueden conducir a la consumación.

(15) P. ej., ENGISCH, *Festschrift zum Hunderjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages I*, 1960, p. 435; CRAMER, *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, 1962, pp. 63 y s.; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 167; KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, pp. 436 y ss.; DICKE, *JuS*, 1968, p. 161; cf. también SAX, *JZ*, 1976, pp. 432 y s.; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 22, núm. m. 65.

(16) Críticamente, p. ej. también VOLZ, *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte*, tesis doctoral en Göttingen, 1968, p. 60 y ss.; BURKHARDT (nota 2), pp. 86 y s.; ZACZYK (nota 10), p. 39; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 248 y ss.; KRÜGER, *Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft*, 1994, pp. 112 y s.; NIEPOTH, *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, 1994, p. 118.

(17) Tampoco ofrece una salida, en cierta medida *ex negativo*, el considerar a todo actuar *no* burdensamente insensato como abstractamente peligroso; cf. empero RUDOLPHI, en *SK StGB*, § 23, núm. m. 7, en sustancial coincidencia con la fundamentación del § 23, párr. 3, StGB, en *BT-Drucks.* V/4095, p. 12. En todo caso, esto conduce a la tautología de que es en general peligrosa toda conducta que no es en general

parte general, la tentativa inidónea comprende, empero, todos los tipos penales (en tanto la tentativa sea punible). De esto ya resulta que no es un delito de peligro abstracto. Pero no sólo eso: como tal no es ningún delito, pues tentativa y consumación son estadios de realización de un delito de la parte especial. La fase de realización (que precede a la consumación) de un hecho punible no puede contener, empero, un carácter delictivo propio; es decir, no puede tener otro carácter delictivo que el tipo de la parte especial al que se refiere (18). No se atendería a estas relaciones, por ejemplo, si se considerase a la tentativa idónea o inidónea de un homicidio como delito de peligro concreto o abstracto para la vida, respectivamente; pues se trata de la tentativa peligrosa, o bien no peligrosa, de un delito de lesión, y eso no es lo mismo (19).

c) *La trascendencia de la idea de protección de bienes jurídicos*

Para la legitimación de la punición de la tentativa (inidónea) esto significa: ni existe un especial fundamento de la pena de la tentativa (20), ni una especial problemática de la legitimación de la punibilidad de la tentativa inidónea. La punición de la tentativa —es decir, de cualquier forma de tentativa— se establece sobre el mismo fundamento

no peligrosa. Una tipificación de formas de conducta en general peligrosas sólo puede ser realizada por vía de una descripción positiva.

(18) Acentúan la falta de autonomía de la tentativa, p. ej., JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 515. También significan lo mismo su caracterización como complemento del tipo para tipos de consumación (JAKOBS, *Allg. Teil*, 2.^a ed., 1991, 25/4), la denominación frecuentemente encontrada del § 23, StGB, como causa de extensión de la pena (véase sólo KÜHL, *Allg. Teil*, § 15, núm. m. 2) y otras clasificaciones similares. En contraposición, destaca su autonomía la teoría del delito de tentativa; en profundidad, ALWART (nota 10), pp. 89 y ss. Esto tiene su relativa justificación, en la medida en que el hecho tentado —a diferencia de la participación (instigación y complicidad) en un hecho (principal)— refiere su contenido de ilícito, de manera no accesoria, a un hecho consumado realmente existente. La tentativa existe por sí misma como ataque a un bien jurídico que perturba la paz jurídica. Esta diferencia se hace evidente, por un lado, en la capacidad de la tentativa de ser un hecho principal, y, por otro, en la falta de tal capacidad de la instigación y complicidad. Lo último, sin embargo, es discutido ocasionalmente y tiene importancia para el tratamiento de la participación en cadena (sobre todo esto, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 188).

(19) Esta es también la razón de que ni siquiera la tentativa idónea pueda ser descrita correctamente como delito de peligro concreto; ROXIN (nota 6), p. 159, la denomina, en forma poco expresiva, un hecho punible de peligro *sui generis*, que se asemejaría a un delito de peligro concreto.

(20) Con otro trasfondo, en las consecuencias igualmente SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 2.^a ed., 1975, 15/12.

de legitimación que la punición del respectivo delito consumado. Dado que a la protección de bienes jurídicos le corresponde la función de constituir tal fundamento de legitimación, éste tiene que extenderse también a la tentativa inidónea. Queda entonces, aún, «sólo» la tarea de concretar, bajo esta idea rectora, la extensión y los límites de la conducta de tentativa inidónea penalmente relevante.

El derecho penal cumple la función de protección de bienes jurídicos en diversos planos: mediante la amenaza de pena para hechos en los cuales se ha producido un resultado de lesión o de peligro; mediante la amenaza de pena para formas de conducta peligrosas, sin consideración de si se ha producido un resultado de peligro; y, finalmente, mediante la amenaza de pena para hechos en los cuales el autor solamente cree haber actuado de manera riesgosa para el bien atacado. Es evidente que la prohibición de formas de conducta objetivamente peligrosas es útil para la preservación de bienes jurídicos. Pero, aun cuando el autor supone sólo por equivocación que su conducta sería peligrosa para el objeto de bien jurídico, ataca el bien jurídico. Un verdadero ataque no presupone, pues, ni un componente de éxito, ni una peligrosidad objetiva de la conducta (21). También en el caso de *subjetivación de la peligrosidad* subsiste la referencia al bien jurídico, aunque (por el componente objetivo de peligrosidad) en forma reducida (22). Por cierto que, entonces, otras reducciones ya no son imaginables. La peligrosidad subjetiva de la conducta de tentativa es irrenunciable. De lo contrario, ya no existiría un real ataque al bien jurídico. En el caso de una acción no peligrosa que es correctamente evaluada como tal por el actuante, entra en consideración, a lo sumo, un ataque aparente; es decir, la peligrosidad es simulada ante la víc-

(21) En caso de legítima defensa el concepto de agresión (§ 32, párr. 2, StGB), en esa medida, está discutido; al respecto, con más detalle, BLOY, *JuS*, 1990, *Lernbogen* 13, con otras referencias.

(22) De modo similar, ya ENGISCH (nota 15), pp. 436 y s.; BERZ, *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz*, 1986, pp. 39, 44; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (nota 6), pp. 42 y s.; profundizando, ZACZYK (nota 10), pp. 249 y ss. La denominación de «ataque mediato», escogida por GALLAS (nota 6), p. 160, y WOLTER (nota 6), pp. 79, 301 y s., sin embargo, no aporta nada de claridad. Ocasionalmente se habla también de una puesta en peligro del bien jurídico (¿no puesta en peligro del *objeto* de bien jurídico!) mediante el desprecio de la pretensión de validez que parte del bien jurídico –detalladamente al respecto, NIEPOTH (nota 16), pp. 119 y s., con otras referencias–, lo cual, probablemente, no es, en sustancia, una posición divergente, pero suscita la falsa impresión de un factor de *resultado* (de puesta en peligro) en la tentativa inidónea. Sin embargo, el bien jurídico mismo, como valor ideal, no puede ser puesto en peligro ni lesionado. La cualidad de ataque de la tentativa no peligrosa es negada por DICKE, *JuS*, 1968, p. 159.

tima. La simulación de un ataque no es todavía, empero, ningún ataque: quien amenaza a otro con una pistola de utilería, no ataca su vida, sino sólo su libertad.

En síntesis: La existencia «objetiva» de un ataque presupone sólo una peligrosidad subjetiva, no objetiva. De ese modo, por cierto, todavía no está decidido que un ataque penalmente relevante a un bien jurídico tendría lugar sin cualidad objetiva alguna de la conducta. Qué elementos componen el aspecto subjetivo y objetivo, y cómo se comportan entre sí, es explicado seguidamente.

3. La estructura del ilícito de la tentativa inidónea

A) ILÍCITO DE RESULTADO EN LA TENTATIVA

Si bien la tentativa es definida por la falta del resultado típico, esto aún no permite concluir que ella no presenta ningún ilícito de resultado y que se agota en un ilícito de acción. Lo que falta categóricamente en la tentativa es solamente el ilícito de resultado que se realiza recién mediante la producción del resultado típico. En la tentativa inidónea, es decir, la tentativa peligrosa, se podrá registrar a menudo (23) un peligro concreto para el objeto de bien jurídico, de modo que existe un *ilícito de resultado de peligro*.

Sin embargo, a la tentativa inidónea, es decir, la tentativa no peligrosa, le falta en efecto todo ilícito de resultado (24). En especial, la conmoción de la confianza pública en el derecho no puede ser entendida como una especie de disvalor de resultado (25). La perturbación de la

(23) Sin embargo, no necesariamente; así, con razón, también ROXIN (nota 6), p. 159, con nota 4, p. 164.

(24) Véase, p. ej., también WOLTER (nota 6), pp. 77 y ss., 301. Es difícilmente comprensible la afirmación contraria de KOLSTER (*Die Qualität der Rücktrittsbe-mühungen des Täters beim beendeten Versuch*, 1993, pp. 39 y s.), quien, con SAX (nota 15), concibe la tentativa inidónea, en sustancia, como delito de peligro abstracto, y que pretende ver el disvalor de resultado en la circunstancia de que la realización del plan del hecho, por el autor, hace aparecer posible, al menos, una realización del tipo, aunque esto, por cierto, sólo es una descripción de la peligrosidad general de la conducta.

(25) De otra manera, sin embargo, ROXIN (nota 6), pp. 160, 162; igualmente, ya VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991, pp. 123, 127; NIE-POTH (nota 16), p. 123; tendiendo a esa dirección, también LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, previo al § 13, núm. m. 57; cf. además SCHAFFSTEIN, *Festschrift für Welzel*, 1974, p. 562, nota 16. En tanto se vea ya en el desvalor de acción realizado (en el sentido del aspecto externo de la ejecución de la acción) un desvalor de resultado (así, LÜDERSSEN, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 188, 197), existe con la concepción aquí desarrollada, empero, sólo una diferencia terminológica, respecto de lo cual, ciertamente, hay que señalar que la asimilación parcial de ilícito objetivo de

paz jurídica, que también la tentativa inidónea importa, es más bien un signo de las propiedades necesarias del aspecto externo de la conducta típicamente relevante (26). Su significado, sin embargo, recién puede ser descifrado mediante un análisis de la estructura del ilícito de acción.

B) EL ILÍCITO DE ACCIÓN DE LA TENTATIVA INIDÓNEA

a) *Componentes subjetivos y objetivos*

En la tentativa inidónea un sector doctrinal parte de la idea de que sólo existiría un ilícito de acción subjetivo, o sea, el llamado desvalor de intención (27). El § 23, párr. 3, StGB, parece confirmar esto también indirectamente, pues el ámbito limítrofe inferior está caracterizado por el hecho de que el autor, por burda insensatez, desconoce que la tentativa de ninguna manera puede conducir a la consumación; con lo cual, lo que la caracteriza es un (defectuoso) rendimiento intelectual, por tanto, una circunstancia *interna*. Entonces, la fundamentación del ilícito (y su cuantificación) residiría en este caso, en efecto, sólo en el aspecto *subjetivo* (28): Incluso en la burda insensatez, la voluntad de cometer un hecho punible sería suficiente, como principio, para fundamentar el ilícito de tentativa; y el ilícito sería tanto mayor cuanto más sensatez criminal emplease el autor al tomar la decisión de cometer el hecho. No obstante, la problemática aceptación de la posibilidad de una fundamentación del ilícito puramente subjetiva no necesita, en principio, ser discutida aquí (29). Si bien es correcto que el § 23, párr. 3, StGB, prevé

acción e ilícito de resultado, como renuncia a una separación conceptual de los componentes de ilícito distintos y distinguibles apenas podría ofrecer alguna ventaja.

(26) Cf. WOLTER (nota 6), p. 79; en este sentido, también RADTKE, *JuS*, 1996, p. 881, que de ese modo defiende la teoría de la impresión.

(27) Así, p. ej., expresamente, GALLAS (nota 6), p. 159; RUDOLPHI, en SCHÜNE-MANN (comp.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 82; para la tentativa en general, cf. Armin KAUFMANN, *Festschrift für Welzel*, 1974, p. 403; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 136; STRUENSEE, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 534 y ss.; HIRSCH, *ZStW*, t. 94 (1982), p. 242, nota 102.

(28) De hecho, el § 23, párr. 3, StGB es considerado con frecuencia como indirecta confirmación expresa de la teoría subjetiva; así, p. ej., por STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 56; HA (nota 9), p. 51; K. MALITZ, *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, 1998, pp. 190 y s., 231.

(29) Para una contraposición con la llamada escuela de Bonn, fundada por Armin Kaufmann y sus discípulos, sean mencionadas en este lugar tan sólo las monografías de MYLONOPOULOS, *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*, 1981, y SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, 1995; véase además, JAKOBS, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 271.

la *posibilidad* de una punición incluso cuando el autor, por burda insensatez, desconoce que la tentativa de ninguna manera puede conducir a la consumación; por otra parte, desde una perspectiva subjetivista no es posible fundamentar que una tentativa de esa clase sea penada más benignamente o incluso pueda quedar impune (30). A ello se añade que la tentativa supersticiosa, según una opinión unánime al menos hoy en día –aun sin disposición legal expresa–, forzosamente debe ser excluida de la punibilidad (31). En síntesis, esto significa que el derecho vigente no adopta ni una posición puramente subjetivista ni una puramente objetivista, sino que sigue una línea conciliadora.

b) *Ilícito de acción subjetivo*

a) Función básica y elementos del desvalor de intención

El significado del desvalor de intención para el ilícito de la tentativa inidónea es indiscutido. Consiste en que el ataque al bien jurídico –como ya fue indicado– está constituido, sustancialmente, por la voluntad del autor de ponerlo en peligro. En esencia, tampoco es problemático cómo hay que definir este ilícito de acción subjetivo en detalle. Comprende la voluntad y la (errónea) representación de realizar, mediante determinada conducta, el tipo de un delito de la parte especial.

b) El tipo subjetivo de la tentativa como decisión a un hecho imputable

Dado que el contenido de la –tradicionalmente así denominada– decisión de cometer el hecho se corresponde con el objeto del dolo (32), se presenta un problema especial para la tentativa inidónea, el cual se manifiesta claramente, sobre todo, en los casos límite de la burda insensatez e incluso de la tentativa supersticiosa. La referencia del dolo también a la *relación* entre acción y resultado hace necesario que exista una representación correspondiente en el autor de tentativa.

(30) ZACZYK (nota 10), p. 82; MAIWALD, en SCHÖCH (comp.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, p. 72; MINTZ, *Die Entwicklung des sogenannten untauglichen Versuchs im 19. Jahrhundert unter dem besonderen Aspekt der Einordnung als Wahnverbrechen*, 1994, p. 2; ROXIN (nota 6), pp. 158 y s., 165.

(31) Al respecto, con más detalle, *infra*, III. 2.

(32) Si en la tentativa, tal como es usual, tradicionalmente, se puede hablar de dolo (en el mismo sentido que en el delito consumado) o no, puede quedar de lado en este lugar; acerca de esta cuestión, tratada ocasionalmente, en profundidad, STRUENSEE (nota 27), pp. 523 y ss.; véase también FRISCH, *Vorsatz* (nota 6), pp. 204 y s.; MURMANN (nota 10), p. 9.

Ahora bien, de todas maneras, en el caso de la tentativa supersticiosa, el autor no se representa, entre su acción mágica y la producción del resultado, una relación causal según leyes naturales. En lugar de ello, aparece la creencia en la intervención de poderes sobrenaturales, sea bajo una designación tradicional, sea bajo una raramente esotérica. Pues bien, a veces se deduce de esto, que en el empleo de prácticas supersticiosas, por falta de dolo con respecto al desarrollo de un suceso determinado según leyes causales, falta una decisión de cometer el hecho en sentido jurídico o, formulado de otro modo, un ilícito de acción subjetivo (33), lo que explicaría sin más la forzosa impunidad de una conducta de esa índole.

Se puede generalizar esta idea y aplicarla a toda tentativa *nomológicamente* inidónea (es decir, aquellas en las que el autor desconoce las condiciones básicas, según leyes físicas, de su proyecto de acción): Entonces, falta el desvalor de intención de la tentativa, tan pronto como, en la representación del autor, un resultado debe producirse de forma no causal o mediante una causalidad putativa. De esta manera, se obtendría también una fundamentación para la –luego, por cierto, obligatoria– impunidad de la tentativa burdamente insensata e incluso, más ampliamente, de la tentativa nomológicamente inidónea en general. Esta idea, a primera vista seductora, que en tiempos más modernos ha sido reanimada principalmente por Struensee (34), apenas encuentra todavía una resonancia positiva en la actualidad (35). Una primera impresión sugiere que ello obedece con seguridad al hecho de que esa concepción es notoriamente incompatible con el derecho vigente (36),

(33) JAKOBS, *Allg. Teil*, 25/22; SANCINETTI (nota 29), p. 198; STRUENSEE, *ZStW*, t. 102 (1990), pp. 36 y ss.; cf. también ya RGSt, t. 33, p. 323.

(34) STRUENSEE, *ZStW*, t. 102 (1990), pp. 30 y ss., con un informe resumido de la antigua doctrina (pp. 34 y s.). Del tiempo más reciente, sean nombrados aquí tan sólo: KÖHLER, *Studien aus dem Strafrecht I*, 1890, p. 25; KLEE, *Wille und Erfolg in der Versuchslehre*, 1898, pp. 36 y s.; FINGER, *Festschrift für Binding I*, 1911, pp. 283 y s.; FRANK, *StGB*, 18.^a ed., 1931, § 43, nota III (pp. 90 y s.); DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 1936, p. 50; SAUER, *Allg. Strafrechtslehre*, 3.^a ed., 1955, pp. 109 y s.; SCHNEIDER, GA, 1955, p. 266. Detrás de ello se oculta el temor –infundado– de que «la normatividad de fantasías nomológicas individuales conlleve una imparable ampliación de la punibilidad de la tentativa, que llegue hasta lo grotesco» (STRUENSEE, *lug. cit.*, p. 32).

(35) Por lo que se llega a ver, siguiéndole, sólo SCHUMANN, *NStZ*, 1990, pp. 33 y s., y ALTENHAIN, GA, 1996, p. 24, nota 24; en contra, p. ej., JAKOBS, *Allg. Teil*, 25/36, nota 56a; SANCINETTI (nota 29), pp. 203 y ss.; KRÜGER (nota 16), pp. 117 y s.; HEINRICH, JURA, 1998, p. 395.

(36) En ello, expresamente, basan su rechazo LACKNER/KÜHL, *StGB*, 23.^a ed., 1999, § 23, núm. m. 6. Una armonización con el derecho vigente se podría alcanzar, en todo caso, forzadamente, mediante una interpretación –poco convincente– del § 23, párr. 3, StGB como *ampliación* del tipo subjetivo de la tentativa (cf. SCHUMANN,

pues entonces la tentativa inidónea tendría que quedar impune en gran medida. Punible quedaría sólo la tentativa *ontológicamente* inidónea, la cual se basa en un error de percepción, sin que el desconocimiento de leyes naturales desempeñe un papel en ello.

Con una consideración más minuciosa se hace evidente, sin embargo, que esta concepción está atravesada internamente por una línea de fractura. Como es sabido, el dolo relativo al curso causal no necesita abarcar todos los detalles, sino que es suficiente cuando el autor lo ha reconocido correctamente en sus rasgos esenciales (37). Las representaciones erróneas son, en otras palabras, inocuas en cierta proporción. Esto tiene que valer, igualmente, para la tentativa. Hasta qué medida las representaciones equivocadas dejan intacto el dolo, depende de su función de imputar al actuante como hechos dolosos —es decir, como aquellos con específico contenido de ilícito—, hechos en los cuales se objetiviza una decisión contra el bien jurídico. Por ende, no importa si el autor cuenta con un elevado nivel de conocimientos científico-naturales, técnicos o medicinales, y por eso tiene una precisa y detallada representación del curso causal. El autor tiene que poseer sólo el conocimiento de significación decisivo para la imputación como hecho doloso. Dado que no se trata de la explicación científico-experimental del aspecto externo del proyecto de acción, sino de su valoración como ilícito, la representación que posee el autor del curso causal, es decir, de la dimensión del suceso fáctico concebible de acuerdo a leyes naturales, juega sólo un papel auxiliar. Los nexos causales únicamente son relevantes en el derecho penal como portadores de relaciones de significación que permiten la imputación. Conforme a ello, el conocimiento de los nexos causales sólo es necesario en la medida en que transmite la comprensión de estas relaciones de significación por parte del autor. En el aspecto subjetivo lo decisivo es, por ello, si el autor se representa entre su conducta y un resultado una conexión que, si se correspondiera a la realidad, justificaría la imputación del resultado. Por consiguiente, la representación tiene que referirse a la *relación objetiva de imputación*. Si bien la representación de los desarrollos causales del suceso constituirá en este punto, mayoritariamente, la base, ello no es, empero, ineludible, como ya lo demuestra una mirada a los delitos de omisión (38). Por lo

NStZ, 1990, p. 34). Por lo demás, sólo podría ser de ayuda la introducción de un tipo adicional; consideraciones al respecto, en STRUENSEE, *ZStW*, t. 102 (1990), pp. 49 y s.

(37) En esa medida igualmente STRUENSEE, *ZStW*, t. 102 (1990), p. 26.

(38) De ello resulta el decisivo encauzamiento. Frente a esto, STRUENSEE se basa, como premisa, en el «dogma de la causalidad»; cf. *ZStW*, t. 102 (1990), pp. 26 y ss.

tanto, los errores nomológicos dejan intacta la decisión de cometer el hecho, en la medida en que las representaciones así suscitadas tengan por contenido, igualmente, un suceso fáctico imputable. No es suficiente, en cambio, cuando el actuante se imputa sólo por sí mismo el resultado representado, sin que esto concuerde con las reglas de imputación del orden jurídico. Si el contenido decisivo de la representación es, por ende, de naturaleza normativa, entonces, para la delimitación de la decisión de cometer el hecho que fundamenta la tentativa y de la representación putativa irrelevante, tienen que ser válidos los mismos parámetros de juicio que valen para el dolo en los elementos normativos del tipo, de modo que lo que importa es la valoración paralela en la representación del autor (39).

c) La tentativa nomológicamente inidónea y el error sobre elementos normativos del tipo

Retomando en forma modificada un punto de partida proveniente de *Jakobs* (40), *Sancinetti* aplica las reglas válidas para la suposición errónea de elementos normativos del tipo sólo como «modelo de referencia» para juzgar los errores sobre la relación entre acción y resultado representado, en el marco del tipo subjetivo de la tentativa (41). Él rechaza en cambio su directa aplicación porque construye una diferencia entre los elementos normativos del tipo y las «reglas de experiencia» decisivas para la imputación del resultado (42), la cual, por cierto, no existe así. Si bien el concepto normativo «imputación objetiva del resultado» está compuesto, entre otras cosas, por reglas de experiencia, ello no le quita el carácter de elemento normativo del tipo.

Sancinetti parte de la tesis de que la aplicación de la doctrina de la valoración paralela en la relación de imputación conduciría a que la tentativa se limite siempre a un proyecto de acción fundado en leyes causales reales, de modo que la tentativa nomológicamente inidónea, por otra parte, sería obligatoriamente impune (43). Sin embargo, esta tesis se basa en una premisa dudosa, ya que sólo sería correcta si a la causalidad se concediera exclusividad como criterio de imputación.

(39) En este lugar no se puede entrar en la problemática del dolo con relación a los elementos normativos del tipo, que requeriría una investigación propia. Por ello, se recurre en lo que sigue, sin otra justificación, a la teoría de la valoración paralela –aunque no está por encima de toda duda y, en detalle, está formada de manera diferente–.

(40) *JAKOBS* (nota 29), pp. 279 y ss.

(41) *SANCINETTI* (nota 29), p. 220.

(42) *SANCINETTI* (nota 29), p. 221.

(43) *Idem*.

Sin embargo, no existe motivo para ello. Si suponemos que una determinada magia causa un determinado resultado, de manera sobrenatural, con la misma seguridad que un suceso regido por el empleo de fuerzas naturales; entonces, aquél tendría que ser imputado sin duda al mago, pues sobre si un resultado es imputable, no decide ni la causalidad ni su ausencia, ni la naturalidad o sobrenaturalidad de un mecanismo de acción, sino la explicabilidad de su producción por medio de una conducta que eleva el riesgo y (en el caso de un delito de dominio) domina el hecho. El medio en el que se desarrolla este suceso es, desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos, completamente indiferente. Para el tipo subjetivo de la tentativa tienen que ser suficientes, entonces, las (erróneas) representaciones correspondientes. Dado que la peligrosidad del ataque al bien jurídico es subjetivable, la decisión de cometer el hecho necesita referirse sólo a un actuar que sería peligroso si las representaciones ontológicas y nomológicas del autor fueran ciertas, de modo que aquélla no es *per se* excluida ni por superstición, ni por otras formas de causalidad putativa (44). Sin embargo, hay que tener en cuenta que la representación errónea tiene que consistir en la suposición de una significación del proyecto de acción (objetivamente inexistente), que pudiera satisfacer los criterios normativos de imputación –si realmente existiera– (45). Conforme a esto, no fundamentan una decisión de cometer el hecho aquellas representaciones erróneas que acaban en que el autor, o bien quiere «instigar» al hecho sólo a un poder sobrenatural, pensado como personal, o no se atribuye sobre el suceso fáctico una influencia creadora de un riesgo no permitido, es decir, sólo «desea» la producción del resultado (46). Lo que

(44) Por esta razón, tampoco puede importar la tendencia al resultado que tenga el plan del hecho en general. Según ello, si bien no cualquier error nomológico ha de hacer decaer la decisión de cometer el hecho, sí lo hará un error evidente; así, ALBRECHT (nota 9), pp. 47 y s.; en lo sustancial, también GIMBERNAT ORDEIG, *Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, tesis doctoral en Hamburg, 1962, pp. 145 y s. Tampoco puede ser decisiva la cuestión de si al autor le es conocido que su apreciación de que su actuar es peligroso es equivocada según «parámetros relevantes» (p. ej., según los que establezcan los círculos técnicos competentes en la materia); así, empero, Frisch, *Vorsatz* (nota 6), pp. 160, 202 y s., quien, sin embargo, sólo tiene en cuenta como objeto del dolo formas de conducta peligrosas («riesgosas»).

(45) Del mismo modo, probablemente, ya NIEPOTH (nota 16), p. 59.

(46) En ello reside el núcleo correcto del punto de vista de aquellos que fundamentan la falta de decisión de cometer el hecho en caso de tentativa supersticiosa, sobre la base de un cuasi-rol de instigador del actuante (así, p. ej., KUHRT, *Die Grenzen der Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs, insbesondere im Hinblick auf abergläubisch motiviertes Verhalten*, tesis doctoral en Hamburg, 1968, p. 60; SEIER/GAUDE, *JuS*, 1999, p. 460; también ya HAVENSTEIN, *GA*, t. 36 [1888], p. 63), remitiéndose, en caso

importa, empero, es qué representación existe realmente (47). En consecuencia, el aspecto subjetivo de la tentativa nomológicamente inidónea no se puede juzgar de manera uniforme. De todas formas, *puede* existir –hasta alcanzar la tentativa supersticiosa– una decisión de cometer el hecho en sentido jurídico (48), de modo que la decisión sobre la punibilidad en este caso se pronuncia recién con la valoración del aspecto objetivo del hecho.

c) *Ilícito de acción objetivo*

a) La función fundamental del ilícito de acción objetivo

Llevado a una formulación corriente, en un derecho penal de hecho de un Estado de Derecho, el autor no es penado por lo que él ha querido (pero no realizado), sino por lo que él (voluntaria o imprudentemente) ha hecho. Esta constatación elemental es válida tanto para el hecho tentado como para el consumado, con la consecuencia de que también el ilícito del hecho tentado tiene que poseer un aspecto externo. En la tentativa no peligrosa, la que transcurre sin ilícito de resultado, ello sólo puede ser, entonces, el ilícito de acción objetivo.

En cambio, si se redujera la tentativa inidónea al desvalor de intención, el necesario ponerse inmediatamente a realizar el tipo –de acuerdo al § 22 StGB– quedaría sin importancia para el ilícito de acción –un menosprecio con el que se lograría expresar que se trata con ello, en cierto modo, sólo de una molesta concesión ante exigen-

de tentativa irreal, a la insuficiencia de meros deseos (así, p. ej., TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 49 ed., 1999, § 23, núm. m. 5; SCHNEIDER, GA, 1955, pp. 266 y s.). También la diferenciación de Schmidhäuser (*Allg. Teil*, 15/44 y s.), según la cual lo que importa es la cuestión de si el actuante parte de una capacidad de su acción de producir efectos igual a la del empleo de medios naturales, tiene su justificación en este contexto.

(47) Por ello, críticamente sobre la «teoría del deseo», ALBRECHT (nota 9), pp. 31 y s., con otras referencias; SCHÖNWANDT (nota 10), p. 25; GÖSSEL, GA, 1971, p. 230; decididamente en contra, también ya KLEE (nota 34), pp. 34 y s.; relativizando en la formulación, con razón, TRÖNDLE/FISCHER, § 23, núm. m. 5, pues a las prácticas supersticiosas y mágicas les subyace, como regla general, un modelo de producción de efectos «mecanicista»: Si la fórmula del conjuro, etc., es aplicada «correctamente», el efecto esperado «tiene» que producirse. Si ese efecto no se produce, la razón no reside, desde el punto de vista del «mago» en que los poderes del más allá no puedan servir, sino en la ejecución incorrecta de la acción mágica. Hemos aprendido de los cuentos de hadas de nuestra niñez: ¡las frases mágicas tienen que ser pronunciadas literalmente, entonces, ellas son infalibles, pero si se produce la menor desviación, el efecto no se produce!

(48) En todo caso, por tanto, en el tipo subjetivo no hay ninguna diferencia esencial entre tentativa supersticiosa y (otra) tentativa burdamente insensata.

cias del Estado de Derecho, sin que se extrajeran de allí finalmente consecuencias. Es característico de esta posición, la fórmula utilizada con frecuencia en la fundamentación de la teoría subjetiva, especialmente en tiempos pasados, según la cual se trataría de la mera actuación de la decisión de cometer el hecho delictivo (49), como si se tuviera que valorar cualquier actuación de esa índole como comienzo del hecho.

Si al ponerse inmediatamente a realizar el tipo le correspondiera sólo un significado sintomático de la existencia de la voluntad del autor de rebelarse contra el derecho, entonces, sería en efecto indiferente qué forma toma. Si, en cambio, el ponerse a realizar el tipo es entendido como el aspecto externo del ilícito del hecho tentado, no es suficiente con que exista algún actuar cualquiera que el autor considere como tal. No importa aquí pues si quien se decide a cometer el hecho *considera* su conducta como una tentativa, ella tiene que *ser* realmente una tentativa según los parámetros del orden jurídico (50). La «tentativa» de una tentativa (en sentido no técnico) no es una tentativa en el sentido de los §§ 22, 23, StGB. O bien, formulado de otro modo: La tentativa presupone una real infracción a la norma de conducta (51) y no sólo una «tentativa» de ello. Por ende, se trata del ilícito de la tentativa, no del ilícito «tentado».

b) Las distintas dimensiones del ilícito de acción objetivo

Que en la tentativa no todo es subjetivable (52), es una formulación corriente en la medida en que hay que trazar el límite entre preparación y tentativa: si quien se decide a cometer el hecho se imagina ya en el estadio de tentativa, aunque no ha superado la fase preparatoria, no comete ya por ello una tentativa punible. Lo que excede de eso resulta ampliamente discutido.

Ante todo, hay que tener presente qué otros factores codeterminan el ilícito de tentativa. Estos son los criterios de autoría presupuestos en el respectivo tipo penal de la parte especial y la peligrosidad objetiva de la acción; además, la acción suficientemente *disvaliosa* para un castigo

(49) P. ej., WELZEL, *Lehrbuch*, 11.^a ed., 1969, pp. 192 y s.; BAUMANN/WEBER, *Allg. Teil*, 9.^a ed., p. 472, con otras referencias; LACKNER/KÜHL, § 22, núm. m. 11; GALLAS (nota 6), p. 159; RGSt, t. 1, p. 441; BGHSt., t. 11, p. 327.

(50) JAKOBS, *ZStW*, t. 97 (1985), p. 763; *idem* (nota 29), p. 279.

(51) STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 10; Kühl, *Allg. Teil*, § 15, núm. m. 2; Wolter (nota 6), pp. 25, 79, 301; Jakobs, *Allg. Teil*, 25/21; *idem* (nota 29), p. 277; de otro modo, p. ej., Tiedemann, *Festschrift für Baumann*, 1992, p. 12; sobre tales concepciones, cf. JAKOBS, *Allg. Teil*, 6/70 y s., con otras referencias.

(52) JAKOBS, *ZStW*, t. 97 (1985), p. 764.

(es decir, merecedora de pena) tiene que legitimar la imposición de pena también bajo puntos de vista preventivos (es decir, necesitar pena).

c) Los elementos de la acción constitutivos de autoría

La regulación de los §§ 22, 23, StGB, se refiere a la tentativa emprendida en calidad de autor para la comisión de un hecho consumado. Dado que los elementos constitutivos de autoría conciernen a aquellos elementos del ilícito de acción mediante los cuales el orden jurídico concreta el círculo (primario) de destinatarios de la norma de conducta, ellos no son subjetivables. Si bien el § 22 StGB amplía el círculo primario de destinatarios de la norma de conducta, lo hace, empero, sin ir más allá de la autoría, *de manera diferente* que los §§ 26, 27, StGB. Ambas ampliaciones no pueden ser combinadas de cualquier modo (53). Por ende, la «autoría tentada» no puede ser válida como tentativa (54).

En el caso de la participación de varios en una tentativa, lo que importa es qué rol ha desempeñado cada uno y cómo éste se puede clasificar según los criterios de autoría decisivos. Aquel cuya participación fue planeada, pero no ya realizada, porque la tentativa fue previamente interrumpida, de ninguna manera ha participado, de modo que, por eso mismo, no puede ser penado por tentativa (55).

(53) Si bien hay participación en la tentativa, no hay tentativa de participación (v. *supra*, nota 18). La instigación frustrada en el sentido del § 30, párr. 1, StGB, no es una manifestación de la tentativa en sentido técnico (con más detalle, BLOY, *JR*, 1992, pp. 493 y ss.; sin embargo, cf. la aplicabilidad correspondiente del § 23, párr. 3, StGB, dispuesta por el § 30, párr. 1, 3.ª oración, StGB). Esta regulación tiene sentido, porque la capacidad de la tentativa de ser un hecho principal sólo modifica el punto de referencia existente para los §§ 26, 27 StGB, mientras la capacidad de tentativa de la participación permitiría agregar un punto de referencia de la tentativa completamente nuevo, pues él no se refiere a las formas de participación como tal.

(54) En caso contrario, sería destinatario de la norma de conducta quien la refiera a sí mismo –así fuese erróneamente–. Pero el alcance del ámbito de validez de la norma lo establece el ordenamiento jurídico, no el individuo. Eso es la base de toda distinción –cualquiera que sea el modo en que se la defina– entre tentativa y delito putativo. De allí resultan consecuencias trascendentales para el tratamiento del error sobre el rol de la propia intervención (p. ej., en el caso de suposición errónea de presupuestos fácticos de la autoría mediata). Pero eso no puede ser desarrollado aquí.

(55) Por ello, en caso de coautoría no se debe seguir la solución total, sino la solución individual, la cual se impone cada vez más en el último tiempo; ahora, p. ej., también ROXIN, en: *LK*, 11.ª ed., 1993, § 25, núm. m. 199; ídem, *Festschrift für Odersky*, 1996, p. 491; en forma monográfica al respecto, BUSER, *Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch*, 1998, quien, sin embargo, se pliega a la solución total; acerca del punto de contacto entre tentativa y participación, también ya BLOY (nota 18), pp. 265 y s.

La distribución de los roles de participación en el *delito de dominio* atañe al suceso *de acción* típico, sin consideración de la posibilidad de causar el resultado, como lo prueba la tentativa inidónea. Si bien en el caso del hecho consumado, el dominio sobre la producción del resultado está proporcionado por el dominio de la acción peligrosa, en la tentativa no peligrosa queda inevitablemente el dominio de la acción misma. Aunque el dominio del hecho tiene que existir realmente y no puede ser sólo «tentado», éste no sólo está proporcionado por acciones que ponen en marcha cursos causales adecuados. La tentativa inidónea no coloca a la dogmática de la participación ante problemas adicionales. Por ello, el camino varias veces recorrido de limitar la punibilidad de la tentativa debido a que el empleo de medios con los que el suceso es dominable según la experiencia, se cuenta entre los presupuestos de la autoría (56), no es viable (57).

En los *delitos especiales* aparece como criterio de autoría, en lugar del dominio del hecho, o bien en complemento, una cualidad especial del sujeto. También aquí tiene que ser válido que el ilícito de acción objetivo así personificado, no es subjetivable. Sin embargo, hay que tomar en consideración que no tiene que ser tipificado un específico desvalor de conducta en cada delito especial. En este aspecto hay que diferenciar delitos especiales en sentido estricto y en sentido amplio, en lo cual es dudoso, en parte, en qué subgrupo figura un delito. Esto vale, por ejemplo, para la posición de garante en el delito impropio de omisión (58). Si se ve allí más que una sustitución de la falta de causalidad, hay que rechazar su subjetivación; entonces, en el delito impropio de omisión no es posible una tentativa punible cuando el autor supone erróneamente circunstancias que fundamentan una posición de garante (59). En cambio, si se conciben los deberes de garante como puros deberes de evitar el resultado, que precisamente sólo son

(56) Así, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.^a ed., 2000, p. 456, con otras referencias, quien fundamenta de esta forma la impunidad de la tentativa supersticiosa; cf. también KUHRT (nota 46), pp. 72 y ss.; ALBRECHT (nota 9), pp. 46 y s.

(57) En lo sustancial, esto es sólo otra vestimenta de la llamada nueva teoría objetiva. Se puede tener simpatía por esta teoría (así, p. ej., STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 53 y ss.) o enfrentarse a ella con rechazo (así, p. ej., TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, pp. 110 y ss.), pero en todo caso ella no es compatible con el derecho vigente, porque el § 23, párr. 3, StGB lleva el límite de la punibilidad claramente dentro del ámbito de la tentativa no peligrosa.

(58) Preferentemente, esta cuestión es tratada en vistas al § 28, párr. 1, StGB; con más detalle, CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 28, núm. m. 19, con otras referencias.

(59) Así, nuevamente, en tiempos muy recientes, K. MALITZ (nota 28), pp. 205 y ss.

de importancia para la imputación del resultado, hay que reconocer este error como fundante de tentativa (60).

Los llamados *delitos ligados a determinada forma de conducta* contienen como criterio de autoría complementario, el requisito de una modalidad de acción específicamente tipificada. Eso significa para la tentativa, que el autor tiene que ponerse a realizar precisamente una acción constituida de un modo determinado. La mera representación de ejecutar el especial modo de acción en cuestión, no es suficiente. Sin embargo, las formas de comisión peligrosas constituyen una excepción (61), pues ellas no representan un especial desvalor de conducta. Por eso, se originan de esta manera sólo «impropios» delitos ligados a determinada forma de conducta (62). También a ellos se extiende el principio de que la peligrosidad de la acción es subjetivable.

d) La peligrosidad objetiva de la acción

En la tentativa idónea, el ilícito de acción objetivo está codeterminado por la peligrosidad objetiva de la acción. Sin embargo, no se trata con ello –como ya fue expuesto– de una condición mínima necesaria del ilícito penal. La peligrosidad objetiva de la acción indica la

(60) En este sentido, diferenciando también VOGLER, en *LK*, 10.^a ed., 1985, § 22, núm. m. 158 y s.; aprobando básicamente, STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 66; ZIELINSKI, en *AK StGB*, 1990, §§ 15, 16, núm. m. 35; SCHÜNEMANN, GA, 1986, pp. 317 y ss.; igualmente, RUDOLPHI, en *SK StGB*, § 22, núm. m. 28a, quien considera defendible esta solución, sin embargo, sólo *de lege ferenda*. La natural objeción de que aquí, en todo caso, se reconocería como tentativa a un segmento de la «autoría tentada», si bien es sustancialmente correcta, es irrelevante: Tampoco en el caso de la existencia objetiva de la posición de garante, la autoría de omisión se fundamenta, presuponiendo ese punto de vista, por medio de un disvalor de conducta objetivo específico, que encuentre expresión adecuada en la tesis del autor único en el delito impropio de omisión. Esto es «autoría» en un sentido distinto que en el de un delito especial en sentido estricto. Pues no existe en absoluto el autor como centro *personal* del hecho. El autor de omisión en sentido amplio es sólo no-avoidador de una cadena causal. Para el caso de tentativa inidónea eso significa: él omite impedir un curso causal que no conduce a la producción del resultado típico, o bien, no lo hace de modo imputable. Ante este trasfondo, solamente habría que reflexionar políticamente acerca de si la tentativa inidónea del delito impropio de omisión debería quedar impune debido a la falta de ilícito objetivo; al respecto, cf. RUDOLPHI, en *SK StGB*, previo al § 13, núm. m. 55; ídem, MDR, 1967, pp. 2 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 17/26 y ss.; SCHÖNWANDT (nota 10), pp. 38 y ss.

(61) P. ej., § 224, StGB.

(62) Al respecto, desde el punto de vista de la cláusula de correspondencia del § 13, párr. 1, StGB, ya BLOY (nota 18), p. 225.

real dimensión de resultado que el hecho tiene. Dado que puede renunciarse a ello, la peligrosidad es subjetivable.

e) La necesidad de pena de la acción merecedora de pena

1) Aspectos preventivos del concepto de hecho punible

En un sistema teleológico del hecho punible (63) se tienen que reflejar en *todas* las categorías sistémicas las funciones ético-sociales e instrumentales del derecho penal (64), es decir, no sólo el aspecto del desvalor (resumido: el merecimiento de pena), sino también el aspecto del fin o de la prevención (resumido: la necesidad de pena). Dado que el merecimiento de pena del hecho ya es fundamento suficiente de la necesidad de pena sólo sobre la base de la teoría absoluta de la pena, en el marco de cualquier concepción de prevención será ineludible integrar componentes de necesidad de pena en el concepto de hecho punible (65). Ahora bien, la organización funcional de los elementos del hecho punible ha encontrado, por cierto, considerable atención en el plano de la culpabilidad (66). Pero hasta la fecha, con

(63) Y, más amplio, en el sistema del *derecho* penal: las consecuencias de este principio que van más allá del sistema del hecho punible, p. ej., de naturaleza procesal, deben quedar aquí fuera de consideración; al respecto, instructivo, FREUND, GA, 1995, pp. 4 y ss.; ídem, en: WOLTER/FREUND (comp.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, p. 43.

(64) Cf. al respecto, el acertado título del aporte de MÜLLER-DIETZ, en SCHOLLER/PHILIPPS (comp.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, p. 95.

(65) Con más detalle, BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976, pp. 242 y ss.; ídem (nota 18), pp. 35 y ss.; la concepción básica se remonta a GALLAS, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetrussischen Rechts*, 1931. Véase también TIEDEMANN (nota 51), pp. 13, 17; FRISCH, en: WOLTER/FREUND (nota 63), pp. 141 y ss., 209 y s., FREUND, *ibídem* (esp. p. 52), quien empero sobreenfatiza el aspecto del fin (en contra de la tradición). Hay que darle la razón a Freund, sin embargo, en el sentido de que el aspecto del valor y el del fin no existen independientemente uno de otro; antes bien, la necesidad de pena siempre presupone el merecimiento de pena (aunque no a la inversa). Ciertamente, también es concebible un derecho penal orientado únicamente a ideas de necesidad de pena sin el regulador del merecimiento de pena. Entonces, se trataría de un puro «derecho penal de amaestramiento», sin base ético-social, que podría ser instrumentalizado a discreción, p. ej., en el sentido de una ideología totalitaria.

(66) Esto es, especialmente, un mérito de ROXIN, que ha preparado el terreno para ello; véase sólo ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., 1973, pp. 33 y ss.; ídem, *Festschrift für Henkel*, 1974, p. 181; ídem, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 279; cf. además, JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, ídem, *Allg. Teil*, 17/18 y ss.; BURKHARDT, GA, 1976, pp. 321 y ss. Ya GALLAS (nota 65), p. 39, formuló la idea central de modo preciso: en un puro sistema de prevención, «la culpabilidad [...] no es la responsabilidad por el hecho cometido, antes bien, ella caracteriza aquellos presupuestos subjetivos en la persona del autor, de los cuales depende la necesidad de pena».

relación al plano del ilícito, esta idea está mucho menos difundida (67), aunque un concepto de ilícito *jurídico-penal* tiene que formarse necesariamente en vistas de las consecuencias jurídicas cuya imposición él debe legitimar. La importancia de esta idea, sin embargo, está muy subestimada, por lo que hasta ahora su posible rendimiento no se ha agotado siquiera mínimamente.

Por ello, la cuestión planteada en torno a la necesidad de pena de la tentativa inidónea, puede ser tratada a la luz de principios preventivo-especiales y preventivo-generales. En lo sustancial, ambos aspectos integran la discusión ya desde hace tiempo.

2) Planteamiento preventivo-especial: la peligrosidad del autor

Desde la perspectiva de la prevención especial, el límite de la punibilidad de la tentativa tiene que ser trazado allí donde, tras el fracaso de la tentativa, no haya que esperar una nueva –y quizá esta vez eficaz– arremetida. Bajo qué condiciones puede deducirse de la falta de peligrosidad de la tentativa, la falta de peligrosidad del autor, y si un peligro de repetición con mayores probabilidades de éxito puede legitimar la punibilidad de la tentativa inidónea cometida, es discutido ya desde el siglo XIX (68). Prescindiendo del cuestionamiento fundamental de partir de un momento de derecho penal de autor, que está inevitablemente ligado al punto de vista preventivo-especial, apenas será posible formular criterios generales para la formación de grupos de casos dentro de la tentativa inidónea que objetivicen, en cierto modo, la (ausente) peligrosidad del autor. Aquí tiene que quedar toda especulación. Eso vale también para la tentativa burdamente insensata, hasta la supersticiosa, precisamente por el hecho de que el pronóstico de peligrosidad del autor (al menos, en este contexto) sólo puede ser establecido razonablemente con referencia al caso particular. Al intentar una apreciación generalizadora, influyen no sólo los

(67) Véase, empero, p. ej., WOLTER, en WOLTER/FREUND (nota 63), pp. 11 y s.; FRISCH, *ibidem*, pp. 162 y s.; recientemente también LESCH (nota 8), pp. 175 y ss., quien a pesar de su retórica orientada hacia la escuela jurídico-penal de Hegel, sigue en lo sustancial la concepción preventivo-general de Jakobs. Sobre la funcionalización del concepto de ilícito jurídico-penal en general, SCHÜNEMANN, *Festschrift für R. Schmitt*, 1992, pp. 125 y ss.; también ya MAIWALD (nota 30), pp. 67, 72; BLOY (nota 65), pp. 246 y ss.

(68) Al respecto, ya MITTERMAIER, *NArchCrimR* 1 (1817), pp. 190 y s.; *idem*, GS, t. 11 (1859), pp. 429 y s.; cf. también STÖGER, *Versuch des untauglichen Täters*, 1961, pp. 53 y ss., 62 y ss.; BURKHARDT (nota 2), pp. 98 y ss. (destacando el carácter del § 23, párr. 3, StGB, de regla de medición de la pena); ZIELINSKI (nota 27), p. 134, nota 14; sobre todo esto, críticamente, ALBRECHT (nota 9), pp. 35 y s., 59; SCHÖNWANDT (nota 10), pp. 91 y ss.; respectivamente con otras referencias.

imponderables de todos modos ineludibles en pronósticos de esa índole, sino que falta ya una base fáctica apta para un pronóstico, porque las razones de la no peligrosidad de la tentativa no revelan nada que sea fiable sobre la (no) peligrosidad del autor.

3) Planteamiento preventivo-general: la perturbación de la paz jurídica

Si la consideración de la tentativa inidónea desde la perspectiva preventivo-especial no permite seguir adelante, la prevención general positiva (69) ofrece, en cambio, un fértil planteamiento para deslindar los casos de tentativa inidónea que necesitan ser penados de aquellos que no lo necesitan. Ello también es bien conocido desde hace mucho tiempo, pues en este lugar despliega su verdadera significación la idea fundamental de la *teoría de la impresión*, a saber, que para la punibilidad legítima de la tentativa (70) –formulado en forma reducida– es necesaria una perturbación de la paz jurídica (71). En efecto, sólo con las descripciones usuales de necesidad de pena según criterios preventivo-generales, efectuadas por la teoría de la impresión, es encontrada una fórmula general mediante la cual tiene que ser concretado el buscado criterio de delimitación.

Ahora bien, en este lugar, ante todo, hay que recordar (72) que la perturbación de la paz jurídica legitima la aplicación de pena sólo cuando es producida por el ataque a un bien jurídico, es decir, cuando se manifiesta en el ataque a un bien jurídico, salvo que, en virtud de circunstancias particulares, no pueda ser considerado como perturbador de la paz jurídica. Así pues, la perturbación de la paz jurídica es sólo un requisito que *limita la punibilidad*.

Por lo tanto, lo que importa es encontrar en lo que sigue una respuesta a la cuestión de bajo qué presupuestos, a pesar del ataque a un bien jurídico, falta una perturbación de la paz jurídica. Para el ámbito de la tentativa, el § 23, párr. 3, StGB proporciona *de lege lata* información sobre el punto. En esa medida, es acertada la interpretación que

(69) Por el contrario, la punibilidad de la tentativa inidónea no se puede legitimar de ninguna manera en un sistema del hecho punible basado en la prevención general negativa; cf. ya GALLAS (nota 65), p. 38, nota 114. Por eso, era consecuente la teoría objetiva de la tentativa de FEUERBACH (cf. nota 9).

(70) Pero no sólo de la tentativa, sino de todo hecho; así, acertadamente, también LESCH (nota 8), p. 203.

(71) En lo sustancial, igualmente, VON GEMMINGEN, *Die Rechtswidrigkeit des Versuchs*, 1932, pp. 160 y ss., quien acentúa que la tentativa no puede agotarse en la insubordinación frente al orden jurídico, antes bien la «contrariedad a la vigencia» dada en la tentativa sería decisiva para la legitimación de su punibilidad.

(72) Véase *supra*, II.2.a y c.

ve esta disposición como un parámetro, legalmente establecido, para reducir o anular la necesidad de pena de la tentativa ante un trasfondo preventivo-general (73).

4) Burda insensatez como criterio de falta de perturbación de la paz jurídica

La ley parte, en primer lugar, de que tiene que tratarse de una tentativa que no pudiera conducir a la consumación, por la naturaleza del objeto sobre el cual iba a ser cometida o del medio con el cual iba a serlo. De ese modo se describe únicamente la tentativa no peligrosa («inidónea») (74). Más allá de ello, el § 23, párr. 3, StGB exige además que la tentativa «de ninguna manera» pudiera conducir a la consumación. Lingüísticamente reside allí una intensificación del requisito básico: tiene que tratarse, por consiguiente, de una tentativa inidónea «calificada» (75). Dado que la inidoneidad, o bien la falta de peligrosidad, no es susceptible de gradación (76), por lo pronto, el sentido de esta adición permanece oculto. Desde un punto de vista histórico, esta mención se funda en la antigua distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea, la cual, precisamente, ha resultado irrealizable en esa forma (77). No obstante, para dar una función a la expresión «de

(73) GROPP, *Allg. Teil*, 1997, § 9, núm. m. 43; RUDOLPHI, en *SK StGB*, § 23, núm. m. 5; BURKHARDT (nota 2), pp. 98 y ss. (incluyendo también un componente de prevención especial); WOLTER (nota 6), pp. 79 y s.; NIEPOTH (nota 16), p. 107; Armin Kaufmann (nota 27), pp. 403 y s.; ídem, *ZStW*, t. 80 (1968), pp. 49 y s.

(74) Si bien la ley menciona sólo la tentativa de objeto inidóneo y con medios inidóneos, se reconoce en general que, con ello, no ha de quedar excluido del ámbito de aplicación del § 23, párr. 3, StGB el potencial tercer subcaso de tentativa inidónea, a saber, el de sujeto inidóneo; al respecto, resumiendo, HEINRICH, JURA, 1998, pp. 395 y s., con otras referencias.

(75) RUDOLPHI, en *SK StGB*, § 23, núm. m. 10; TIMPE (nota 57), p. 110; cf. también BGE, t. 70 (1944), IV, p. 50.

(76) Véase al respecto, la observación hecha en forma crítica en BOCKELMANN/VOLK, *Allg. Teil*, 4.^a ed., 1987, p. 210, según la cual se trata de las «más inidóneas» de las tentativas inidóneas.

(77) Al respecto, STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 51 y s.; VOGLER, en: *LK*, 10.^a ed., § 23, núm. m. 33; LACKNER/KÜHL, § 23, núm. m. 6; TIMPE (nota 57), p. 117; GÖSSEL, *GA*, 1971, pp. 227 y s. O bien, dicho de otro modo: en la forma de la diferenciación, no factible de este modo, entre falta de peligrosidad abstracta y concreta de la tentativa, se esfuerza, en lo sustancial, la idea equivocada de que la tentativa es un delito de peligro (abstracto); véase al respecto, ya *supra*, II.2.b. Dicho de modo positivo: en la distinción entre tentativa relativa y absolutamente inidónea se realiza por anticipado la diferenciación entre la tentativa que desde el punto de vista preventivo-general necesita ser penada y aquella que no lo necesita. El malentendido de las antiguas teorías consiste entonces en que querían darle validez a estratificacio-

ninguna manera», un sector doctrinal interpreta que ella exige una tentativa *manifiestamente* inidónea (para un hombre con conocimientos de experiencia medios) (78). De ese modo se identifica inmediatamente, en efecto, el tercer presupuesto, conforme al cual el autor tiene que haber desconocido, por burda insensatez, la (manifiesta) inidoneidad de la tentativa. La burda insensatez ofrece, pues, una explicación para la inidoneidad manifiesta de la tentativa. O bien, formulado de otro modo: con burda insensatez se puede ejecutar sólo una tentativa manifiestamente inidónea. Pero, dado que no es válido, a la inversa, que toda tentativa manifiestamente inidónea se base en burda insensatez (79), finalmente lo que importa es sólo el elemento de la burda insensatez (80). Que aquí varios presupuestos del § 23, párr. 3, StGB, se fusionen en uno (81), se debe a que finalmente no pueden serles asignadas distintas funciones. Sin embargo, con frecuencia se encuentra la idea de que estos elementos se comportan entre sí como aspecto objetivo y subjetivo. No obstante, aquí el tipo subjetivo consiste sólo

nes de necesidades de prevención como gradaciones de desvalor según formas de peligrosidad, lo que tenía que fracasar. Sólo con la inclusión del factor del fin en el concepto de ilícito se resuelven estas discordancias. El derecho penal austríaco mantiene la distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea para delimitar la punibilidad de la tentativa (§ 15, párr. 3, Cód. Penal austríaco), en lo cual, si bien está implicado el punto de partida mental de la teoría de la impresión, se destaca en lo demás un intrincado estado de las opiniones; resumiendo, HAGER/MASSAUER, en WK, 2.^a ed. (9.^a entrega, 1999), § 15, núm. m. 70 y ss.

(78) Así, literalmente o conforme al sentido (en parte también referido a la burda insensatez como error «manifiesto»), p. ej., JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 531; KÜHL, *Allg. Teil*, § 15, núm. m. 92; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 23, núm. m. 17; RUDOLPHI, en *SK StGB*, § 23, núm. m. 5, 7; ROXIN, *JuS*, 1973, p. 331; BGHSt, t. 41, p. 95.

(79) También son concebibles fallas de percepción groseras, por medio de las cuales el autor no se revele como burdamente insensato, sino como extremadamente desatento; al respecto, con más detalle enseguida, en el texto.

(80) Con razón reduce JAKOBS (*Allg. Teil*, 25/82), por ello, el § 23, párr. 3, StGB de antemano, a la burda insensatez; en las consecuencias, igualmente, ALBRECHT (nota 9), pp. 50, 57, 60, en relación con el art. 23, párr. 2, Cód. Penal suizo. El llamado «doble error», ocasionalmente tratado, que supuestamente puede conducir a una tentativa peligrosa a pesar de la burda insensatez (así, p. ej., ALBRECHT, *lug. cit.*, pp. 34 y s.), se refiere a un problema aparente. Si la tentativa, a pesar de la burda insensatez del autor, es objetivamente peligrosa a causa de otro error, en todo caso no habrá una peligrosidad de la tentativa imputable al autor y, por eso, carece de interés para ésta (así, acertadamente, JAKOBS, *lug. cit.*); críticamente, sin embargo, MAURACH/GÖSSEL, *Allg. Teil 2*, § 40, núm. m. 189.

(81) Cf. también ALWART (nota 10), pp. 233 y s.; por lo demás, esto conduce a expresar, frecuentemente sólo en forma imprecisa, que bajo la referencia al requisito supuestamente «adicional» de la burda insensatez, se considera como irrelevante la delimitación, en sí exigida por la ley, entre inidoneidad absoluta y relativa; p. ej., LACKNER/KÜHL, § 23, núm. m. 6; HEINRICH, *JURA*, 1998, p. 395, con otras referencias.

en que el autor ha considerado su proyecto de acción manifiestamente inidóneo como capaz de producir el resultado. La «burda insensatez» no es, por consiguiente, un elemento subjetivo (adicional) (82), sino que expresa el juicio sobre el error por medio del orden jurídico (83).

¿Qué dice, pues, este juicio? La burda insensatez contrasta con el pensar y el actuar «sensatos». La sensatez remite a un sistema de orientación supraindividual que hace posible la comunicación. Piensa y actúa sensatamente quien en atención a ello comprende «correctamente». Aquí el adjetivo «supraindividual» remite a la idea de que la integración del hombre en la socialidad precede a cada razón, así como también a cada sentido y a cada símbolo. Pensar y actuar son actos sociales. Dado que cada orden jurídico se refiere a una determinada sociedad, de cuyos conflictos se ocupa de forma jurídica, tiene que orientarse según la comprensión que ella tenga de sí misma. En este sentido, tiene sensatez quien ajusta su pensar y su actuar a tal comprensión. En consecuencia, insensatez significa ignorar las directrices de orientación socialmente decisivas.

Dado que cualquier hombre ocasionalmente está sujeto a errores, es decir, también a errores evitables, cualquier pensar insensato no lo excluye sin más ni más del círculo de actuantes socialmente relevantes. Si bien toda tentativa inidónea que se basa en una desorientación evitable en el sentido esbozado es, por lo menos, «meramente» insensata, sólo la manifiestamente inidónea es de tal manera insensata que ya no afecta a la comunidad jurídica, es decir, es burdamente insensata. De ese modo, hay que equiparar la burda insensatez con la falta de realidad social (84) —o, lo que significa lo mismo: relevancia comunicativa (85)— del pensar y del actuar.

(82) De otro modo, la opinión dominante; p. ej., JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 531; VOGLER, en: LK, § 23, núm. m. 33; HEINRICH, Jura, 1998, pp. 394 y ss., respectivamente con otras referencias; igualmente, BGHSt, t. 41, p. 95.

(83) Más correcto, por tanto, es admitir un elemento objetivo; acertadamente, WOLTER (nota 6), pp. 165, 178.

(84) Si bien se puede encontrar con frecuencia esta declaración (véase, p. ej., STOPFKUCHEN, *Strafbare und nicht strafbare Fälle des untauglichen Versuchs*, tesis doctoral en Freiburg i. Br., 1972, p. 85), en general, no se la profundiza; en profundidad, sin embargo, FIEDLER, *Vorhaben und Versuch im Strafrecht*, 1967, pp. 84 y ss.; diverge sólo terminológicamente, ZACZYK (nota 10), p. 251; críticamente respecto de FIEDLER, WESTPFAHL, *Zum Unrecht im Versuch*, tesis doctoral en München, 1974, pp. 107 y ss. La caracterización del delito como perturbación social se remite además al concepto de acción social, como fundamento del concepto de delito; con más detalle, p. ej., BLOY, *ZStW*, t. 90 (1978), pp. 609 y ss.

(85) Con más detalle, JAKOBS, *Allg. Teil*, 25/22 y s.; ídem (nota 29), pp. 279 y ss.; VEHLING (nota 25), pp. 129 y ss.; cf. también SANCINETTI (nota 29), pp. 222 y ss.

La gradación de la insensatez en «simple» y «burda» responde a la medida de la previsibilidad objetiva de la imposibilidad de consumar el hecho, es decir, a la medida de la reconocibilidad de la falta de peligrosidad (86). Una tentativa es burdamente insensata cuando es manifiestamente no peligrosa, porque el autor toma por base de su proyecto de acción suposiciones que se apartan de aquel plano de sensatez al que le corresponde una función de orientación en la sociedad en la que actúa, de modo que su conducta no posee realidad social (87) y, en este sentido, es «irreal» (88). Para la determinación del contenido de aquello que responde a la «razón general» en una sociedad, no existe un parámetro desvinculado del tiempo y del lugar. La dependencia cultural e histórica de la realidad social ha sido ya frecuentemente observada (89). Qué es razón y qué ilusión, se puede determinar sólo con relativa legitimidad desde una perspectiva externa, es decir, desde un sistema de orientación heterónomo que puede no corresponder al autoentendimiento del sistema enjuiciado. Tras la pérdida del racionalismo ingenuo ilustrado que creyó haber encontrado el punto de Arquímedes, allí reside la dificultad de diferenciar sistemas imaginarios ideológicos y de otro tipo, de sistemas de orientación sensatos. Incluso las consecuencias de la orientación en un determinado parámetro pueden ser interpretadas de manera diferente desde una perspectiva immanente al sistema o trascendente a éste. Eso también hace aparecer la visión de la realidad de las sociedades modernas, que está ligada al esquema de explicación científico-racional, sólo como una

(86) Si la falta de peligrosidad es reconocible, pero *no* manifiesta, subyace a la tentativa una mera o «simple» insensatez (tentativa inidónea «normal»); si la falta de posibilidad de consumación del hecho objetivamente no es en absoluto previsible, la tentativa no se basa de ninguna manera en insensatez (tentativa idónea). Debido a esta gradación totalmente razonable parece preferible la formulación que ha elegido el legislador alemán en el § 23, párr. 3, StGB, frente a la del art. 23, párr. 2, Cód. Penal suizo, que sólo habla de la acción «por insensatez», pero refiriéndose con eso, igualmente, sólo a la tentativa manifiestamente inidónea.

(87) La descripción usual de la burda insensatez expresa esto sólo de modo insuficiente, con formulaciones tales como «ideas totalmente distorsionadas», entre otras.

(88) El concepto de tentativa «irreal» es utilizado, ciertamente, de modo no uniforme; cf., p. ej., STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 59; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 23, núm. m. 13 y s., ALWART (nota 10), pp. 201 y ss.; SANCINETTI (nota 29), p. 200.

(89) P. ej., KLEE (nota 34), p. 35; VON GEMMINGEN (nota 71), p. 164; ALWART (nota 10), p. 234; MINTZ (nota 30), p. 138; cf. también JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 532, nota 12. En este aspecto, en contra de JAKOBS (*Allg. Teil*, 25/83), insensatez puede llegar «por gran aceptación» a ser sensatez; dos ejemplos de ello —ciertamente objetables— ofrecen OLG Hamburg HEST., t. 1, p. 95, y BGE, t. 70 (1944), IV, p. 50; al respecto, también HEINRICH, JURA, 1998, p. 397, con nota 52.

posibilidad entre otras; sin embargo, como la única decisiva para el derecho penal alemán en la situación presente e histórica (90).

De acuerdo con ello, entonces, burda insensatez existe de la forma más drástica, cuando el error en el cual se basa la tentativa procede de una interpretación irracional del mundo que no es comprensible con parámetros científico-rationales. Este es el caso en la tentativa *irreal*, especialmente en la supersticiosa, que no afecta la paz jurídica (91), porque la hechicería intentada (92) y otras actividades irracionales no inquietan al hombre racionalmente pensante.

Como caso central de burda insensatez vale desde siempre la tentativa que es manifiestamente inidónea por el hecho de basarse en un error *nomológico* evidente (93). Sin embargo, según una opinión generalizada, los errores de apreciación cuantitativos son insuficientes para ello (94). Quien considera que solamente los errores de apreciación cualitativos pueden basarse en burda insensatez, debería no obstante pasar por alto que esto permite una delimitación sólo en apariencia. Pues los errores de apreciación cuantitativos pueden ser reformulados en cualitativos: una escasa cantidad de veneno, un arma con escaso alcance, etc., son por su naturaleza inadecuados

(90) Al respecto, JAKOBS, *Allg. Teil*, 25/23; acerca de la realidad social como construcción de la sociedad, instructivo, TIMPE (nota 57), pp. 124 y s., nota 110. La falta de reconocimiento jurídico de aptitudes ocultas como realidad social logra expresarse claramente también en las dos sentencias siguientes: Según ello, debe ser rechazado el requerimiento de prueba que pretende que sea llamado un parapsicólogo como perito, por ser totalmente inapropiado según el § 244, párr. 3, StPO (BGH, NJW, 1978, p. 1207); y un contrato por el cual se prometen, contra el pago de honorarios, prestaciones consistentes en emplear fuerzas mágicas es nulo, en razón de que está dirigido a una prestación objetivamente imposible (AG Grevenbroich MDR, 1998, p. 762).

(91) Véase, en lugar de muchos, JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 532; VOGLER, en: *LK*, § 22, núm. m. 137; LAMPE (nota 11), p. 218; NIEPOTH (nota 16), pp. 104 y s.; MEYER, *ZStW*, t. 87 (1975), p. 618; también ya el fundador de la teoría de la impresión, ARNOLD HORN, *ZStW*, t. 20 (1900), p. 346.

(92) La formulación clásica según la cual la tentativa supersticiosa como intento de hechicería tiene que ser impune, en un estado secular, se encuentra en BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, pp. 160 y s.; véase también OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, *Allg. Teil*, 6.ª ed., 2000, § 18, núm. m. 60; ALWART (nota 10), p. 207, con nota 72; ZACZYK (nota 10), p. 252, y ya GEYER, *ZStW*, t. 1 (1881), p. 36; OETKER, *ZStW*, t. 17 (1897), pp. 60 y s.

(93) Véase, en lugar de muchos, BAUMANN/MITSCH, *Allg. Teil*, 10.ª ed., 1995, § 26, núm. m. 34; ROXIN, *JuS*, 1973, pp. 330 y s.; BGHSt., t. 41, p. 95.

(94) P. ej., veneno en dosis demasiado pequeñas; ROXIN, *JuS*, 1973, p. 332; BGHSt., t. 41, p. 96; cf. también el caso, configurado de modo similar, de BGE, t. 78 (1952), IV, pp. 145 y ss. (no es tentativa «absolutamente» inidónea); ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 23, núm. m. 17, ve aquí incluso un error ontológico.

para producir el resultado, del mismo modo que una sustancia no venenosa en cada dosis o una pistola de juguete. Con este intento de diferenciación es restablecida *de facto* la desacertada distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea. Naturalmente, las lagunas de conocimiento en el ámbito del conocimiento que se presupone general son déficit sociales que ponen en duda el actuar comunicativamente relevante, incluso cuando se trata de apreciaciones cuantitativas (95). De esta manera no se puede solucionar el problema de delimitación. La búsqueda de un parámetro general para la evidenciabilidad de un error nomológico tiene que permanecer sin éxito de todos modos. Pues la evidenciabilidad sólo puede ser juzgada con relación al caso particular, dado que depende de si los conocimientos que le han faltado al autor pueden ser válidos como componentes del saber general medio.

Frente a ello, los errores *ontológicos* no son reconocidos mayoritariamente como fundamento de un tentativa burdamente insensata, aun cuando sean manifiestos (96). Sin embargo, existen algunas voces en la doctrina que rechazan por inadecuada esta diferenciación (97). Hay que pensar aquí en dos configuraciones de casos que, con los siguientes ejemplos –que así o en forma semejante son citados una y otra vez– sean ilustrados: Debido a una extrema ingenuidad, el autor toma lo que para todo el mundo es reconocible como una inofensiva pistola de agua, por un arma con balas, e intenta con ella matar de un tiro a una persona (98). El autor toma de un depósito, por equivocación, agua destilada en vez del ácido clorhídrico que se encontraba junto a ella, aunque habría podido evitar ese error ya con un ínfimo cuidado (99).

Uno de los argumentos centrales que se alega para incluir también los errores ontológicos en el ámbito de la tentativa burdamente insensata, expresa que errores ontológicos y nomológicos de ningún modo

(95) En las consecuencias, en principio del mismo modo, KÜHL, *Allg. Teil*, § 15, núm. m. 92, por medio del ejemplo de sobreestimación del alcance de un arma.

(96) P. ej., JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, pp. 531 y s.; BAUMANN/MITSCH, *Allg. Teil*, § 26, núm. m. 35; VOGLER, en *LK*, § 23, núm. m. 35; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 23, núm. m. 17; ALWART (nota 10), pp. 233 y s.; HA (nota 9), p. 53; NIEPOTH (nota 16), p. 90; ROXIN, *JuS*, 1973, p. 331; HEINRICH, *JurA*, 1998, p. 396; esto se remonta a DOHNA (nota 13), pp. 58 y ss.

(97) Así, ya, VON LISZT/SCHMIDT, *Deutsches Strafrecht*, 25.^a ed., 1927, p. 304; VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht II*, 1930, p. 438, nota 3; KADEŽKA, *Msch-KrimPsych*, t. 19 (1928), p. 132; RÁLIŠ, *ZStW*, t. 61 (1942), pp. 51 y s.; ROEDER (nota 13), p. 31; SCHÖNWANDT (nota 10), p. 185; RATH, *JuS*, 1998, pp. 1112 y s.; dudando, en todo caso, RADTKE, *JuS*, 1996, p. 882.

(98) BAUMANN/MITSCH, *Allg. Teil*, § 26, núm. m. 35.

(99) JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 532.

pueden ser separados nítidamente (100). Hasta qué punto esto es correcto, se puede demostrar mediante los dos ejemplos mencionados: la explicación de la confusión de la pistola de agua con un arma cargada consiste en la ingenuidad, es decir, en la falta de conocimiento de experiencia del autor, a quien ni le llama la atención que de material plástico liviano de ningún modo se puede producir técnicamente una pistola capaz de funcionar, ni le es conocido que sin un cargador no se puede disparar ninguna munición. El error ontológico es aquí, por tanto, atribuible a los errores nomológicos. Consecuentemente, casos de esta índole tienen que ser tratados, asimismo, según el § 23, párr. 3, StGB (101).

Sin embargo, existen también tentativas ontológicamente inidóneas que se basan en *errores de percepción*, sin que el desconocimiento de leyes de la naturaleza desempeñe un papel en ello. Tal es el caso de la equivocación a consecuencia de la cual se usa en el atentado agua destilada en vez de ácido clorhídrico. Aquí el autor no ha ajustado su actuar a un parámetro de orientación burdamente insensato, es decir, a una legalidad supuesta que según el conocimiento científico-racional carece manifiestamente de todo fundamento, sino que sólo ha perdido puntualmente la orientación dentro del marco de orientación razonable. Un puro error de percepción de esta índole no deja intacta la comunidad jurídica, aun cuando sea manifiesto. Ello obedece menos a que faltarían parámetros de juicio para la evidenciabilidad de errores ontológicos (102), como a que nadie puede afirmar de sí que no le podría suceder algo semejante (103). El autor que se

(100) JAKOBS, *Allg Teil*, 25/36, nota 56a; TIMPE (nota 57), pp. 120 y s.; SANCI-NETTI (nota 29), p. 203; ALBRECHT (nota 9), pp. 48 y s.; RADTKE, JuS, 1996, p. 882; RATH, JuS, 1998, p. 1113; también ya VON GEMMINGEN (nota 71), pp. 121 y ss.

(101) Eso confirma también el fallo del BayObLG (wistra, 1993, p. 306) según el cual en caso de tentativa de estafa por computadora, no existe burda insensatez, en el sentido del § 23, párr. 3, StGB, cuando el autor intenta extraer dinero en efectivo de una cuenta ajena, en un cajero automático, con una tarjeta manipulada, y fracasa en razón de que, en lugar del número secreto correspondiente a la cuenta, digita el número de su propia cuenta personal, o bien utiliza una tarjeta vencida, porque estos presupuestos no son conocidos *por la generalidad*. Las opiniones pueden diferir en el último punto; en todo caso, el BayObLG no declaró inaplicable el § 23, párr. 3, StGB, ya por el hecho de que se trata aquí de una mera representación errónea de la situación de hecho; véase, empero, ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 23, núm. m. 17.

(102) Así y todo, tiene pleno sentido y también es completamente obvio que se puede hablar de peligro de confusión mayor, menor o inexistente. Un error de esa índole puede ser fácil de comprender o «inexplicable»; véase, empero, NIEPOTH (nota 16), pp. 90 y s.

(103) Véase también NIEPOTH (nota 16), p. 91.

equivoca de este modo no se aparta pues del plano común de comunicación: ni siquiera el más burdo descuido es «ceguera social». En este ámbito, las tentativas manifiestamente inidóneas no se basan, por lo tanto, en burda insensatez. Incluso en los casos extremos sigue siendo legítimo que el orden jurídico ratifique, mediante la reacción penal, su pretensión de oponerse a tales ataques al bien jurídico, pues la ineficacia de la tentativa no tranquiliza cuando ella se debe al descuido del autor. Esto por el hecho de que un suceso de esa índole es una alternativa imaginable para el fiel al derecho de una conducta propia infiel al derecho. Esto la distingue de la tentativa burdamente insensata, en la que falta, por consiguiente, la necesidad de confirmar la corrección de la norma (104).

Finalmente, todavía hay que tomar en consideración la posibilidad de que la inidoneidad manifiesta de una tentativa se base en un *error de derecho*. El único ejemplo que a este respecto ha sido discutido hasta ahora, proviene de la jurisprudencia suiza (105). Se trata de un caso en el que se intentó el favorecimiento prohibido de un acreedor por parte de un deudor insolvente (art. 167 Cód. Penal suizo), lo cual no tuvo éxito porque la manipulación consistió en una cesión de garantía que era ineficaz frente a terceros según el derecho civil suizo. Esto último había sido desconocido para el acusado, quien incluso había hecho confirmar la legalidad de su proceder por un abogado. El Tribunal de Apelación de Basilea vio allí un actuar por insensatez en el sentido del art. 23, párr. 2, Cód. Penal suizo, que al igual que el § 23, párr. 3, StGB, (sólo) comprende la tentativa manifiestamente inidónea (106).

En esta sentencia es notable ante todo que el tribunal ha juzgado mediante la cláusula de insensatez, de modo absolutamente natural (y por eso también sin fundamentación alguna), un actuar basado en un error de derecho. Ahora bien, a los principales sistemas de orientación de una sociedad pertenece, en efecto, el derecho, el cual no sólo está codeterminado por medio de la comprensión que ella tiene de sí misma, sino que también coforma su realidad social. En esa medida, en principio es imaginable un actuar insensato que se base

(104) Así ya TIMPE (nota 57), p. 122, quien refiere esto, sin embargo, a la culpabilidad.

(105) Tribunal de Apelación de Basilea BJM (Basler Juristische Mitteilungen), 1959, p. 129; respecto de una situación de hecho comparable, en cuyo punto medio hay igualmente una cesión de garantía fracasada; véase OLG Stuttgart, NJW, 1962, p. 65.

(106) Véase BGE, t. 70 (1944), IV, pp. 49 y s.; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil I*, 2.^a ed., 1996, § 12, núm. m. 54.

en un error de derecho y, de ese modo, se abre la posibilidad de que el § 23 párr. 3, StGB sea aplicado (107). Sin embargo, no pueden presuponerse, sin más ni más, conocimientos jurídicos en cada ciudadano. En cuanto lo que importe sean conocimientos jurídicos que no están difundidos de modo general en la población, una representación errónea relativa a ellos no puede ser válida como error *manifesto*. En cambio, no es decisivo, por ejemplo, si los conocimientos jurídicos en cuestión son evidentes para un jurista (108). Por esta razón, parece difícilmente comprensible que la apreciación errónea acerca de la eficacia de una cesión a título de garantía, que incluso fue confirmada por medio de la (falsa) información jurídica de un abogado, deba fundamentar un actuar por insensatez (109). En todo caso, para admitir la inidoneidad manifiesta de una tentativa, en virtud de un error de derecho, se requiere suma prudencia.

Un último punto aún permanece abierto: si al ataque al bien jurídico le falta el carácter perturbador de la paz jurídica, entonces, habría que considerar si esta circunstancia puede ser referida a la decisión de cometer el hecho; de modo que, en consecuencia, no sólo sería deficitario el ilícito de acción objetivo de la tentativa, sino también el tipo subjetivo (110). De hecho, de acuerdo a los criterios del orden jurídico, el autor no se representa en estos casos un ataque al bien jurídico que perturbe la paz jurídica. Sin embargo, en el marco de la decisión de cometer el hecho, tiene que ser suficiente (111) la constatación de que el proyecto de acción sería perturbador de la paz jurídica, si las suposiciones ontológicas y nomológicas del autor fueran correctas. Para la decisión de cometer el hecho no se requiere que el proyecto sea efectivamente perturbador de la paz jurídica, pues aquí se trata del contenido subjetivo de la representación, no de los criterios con los cuales es medido. Sólo estos últimos no son subjetivos.

(107) Cf. también la observación colateral de HERZBERG, *JuS*, 1980, p. 476; además, BURKHARDT (nota 2), p. 102.

(108) Del mismo modo que, en casos de errores sobre legalidades físicas o químicas, no hay que basarse en el estado de conocimiento de físicos o químicos (medios); véase, p. ej., LACKNER/KÜHL, § 23, núm. m. 6.

(109) Acerca de esta sentencia, igualmente, ALBRECHT (nota 9), p. 58.

(110) En este sentido, p. ej., JAKOBS, *Allg. Teil*, 8/65a, 25/22 y s.; FIEDLER (nota 84), pp. 86, 106; ALWART (nota 10), pp. 205 y s.; SANCINETTI (nota 29), pp. 228 y s.; cf. también ZACZYK (nota 10), p. 245; STRENG, *ZStW*, t. 109 (1997), p. 868.

(111) En correspondencia con lo desarrollado en detalle respecto de la relación de imputación, véase *supra*, II.3.B), b), c).

III. LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA (BURDAMENTE) INSENSATA

1. La tentativa como ataque al bien jurídico que perturba la paz jurídica

El mínimo de ilícito penalmente significativo se puede reducir a la fórmula de que un ataque al bien jurídico que perturba la paz jurídica constituye el núcleo de todo hecho punible (112). Ello también es aplicable a la tentativa, sin que signifique, por cierto, una rehabilitación de la teoría de la impresión (113); pues la perturbación de la paz jurídica sólo es penalmente relevante en forma de ataque al bien jurídico. Sólo si se renunciara al concepto de protección de bienes jurídicos, quedaría libre el camino hacia un directo derecho penal de protección de la paz jurídica sobre la base de la teoría de la impresión, la cual entonces no sólo legitimaría la punibilidad de la tentativa.

En la orientación de los límites del derecho penal a la protección de bienes jurídicos se puede notar la falta de regulaciones restrictivamente efectivas (114), mas en todo caso una noción de esa índole corresponde al derecho vigente y en sí mismo es concluyente. La cuestión de si esto puede convencer también de modo jurídico-político, no puede conti-

(112) Cf. también LESCH (nota 8), p. 203. Sustancialmente ello se corresponde con el «disvalor de relación social» de LAMPE (nota 11), pp. 211 y ss.; ídem, *Festschrift für R. Schmitt*, 1992, p. 83, con nota 20, en lo cual, sin embargo, esta terminología no distingue claramente las funciones instrumentales del concepto de hecho punible de las ético-sociales.

(113) De otro modo, RADTKE, *JuS*, 1996, p. 881.

(114) Críticamente, sobre todo, JAKOBS, *Allg. Teil*, 2/22 y ss.; ídem, *ZStW*, t. 97 (1985), pp. 752 y ss.; FRISCH, *Festschrift für Stree und Wessels*, 1993, pp. 71 y ss., con otras referencias; sobre la multivocidad del tópico «protección de bienes jurídicos» como fundamento de legitimación del derecho penal, BERZ (nota 22), pp. 35 y ss. Vista históricamente, por cierto, la idea de protección de bienes jurídicos es por completo un elemento del pensamiento ilustrado del Estado de Derecho liberal, pensamiento que está obligado a la delimitación del derecho penal en el sentido de la separación entre derecho y moralidad (en detalle, MARX, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*, 1972, pp. 84 y ss.). Es de destacar que el concepto de derecho penal de protección de bienes jurídicos también ha entrado en la discusión desde la orientación contraria, a saber, planteándose la cuestión de si no es demasiado estrecho como para enfrentar los desafíos de la sociedad moderna; representativo, por un lado, STRATENWERTH, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, 1993, pp. 9 y ss. (esp. pp. 17 y ss.); ídem, *ZStW*, t. 105 (1993), pp. 682 y s., 687 y ss., 692 y ss.; por otro lado, HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2.^a ed., 1996, pp. 5 y ss., 10 y ss., 20 y ss.; ídem, *ZRP*, 1992, pp. 381, 383; sobre todo esto también ROXIN, *Allg. Teil I*, 3.^a ed., 1997, § 2, núm. m. 28 y ss.

nuarse en este lugar. De todas maneras, ello produce una fundamentación ético-social que preserva al derecho penal de una instrumentalización final-racional ilimitada, así como, por otra parte, el componente de prevención excluye una etización unilateral del derecho penal.

Un papel especial tiene en este contexto, tradicionalmente, la tentativa supersticiosa.

2. *Excursus: la tentativa supersticiosa*

Como caso modelo de un ataque al bien jurídico sin un carácter perturbador de la paz jurídica vale en general –con razón– la tentativa supersticiosa. Esto explica por qué, según una opinión que hoy ya no es cuestionada seriamente, ella queda en definitiva impune (115). Que esto no fue evidente hasta principios del siglo xx (116), es una prueba en favor de la ya mencionada variabilidad histórica de la «realidad social» (117). Actualmente, las opiniones difieren tan sólo respecto de si la tentativa supersticiosa es substraída desde un principio al ámbito de aplicación del § 23, párr. 3, StGB (118), o si sólo el espectro de consecuencias jurídicas de esta disposición es reducido, en el caso de la tentativa supersticiosa, a la previsión de pena (119). En favor de esto último, se dice que un actuar supersticioso representa, considerado racionalmente, una especial forma de aparición de la burda insensatez (120), que obligatoriamente tiene que quedar impune por falta de perturbación

(115) Vastas referencias en HEINRICH, *JurA*, 1998, p. 397, nota 54.

(116) De otro modo, aún PFOTENHAUER, *Der Einfluß des factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen*, 1838, p. 100; EISENMANN, *ZStW*, t. 13 (1893), pp. 467 y s.; DELAQUIS (nota 13), pp. 177 y ss., 222 y ss.; FABIAN, *Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelikt, und Erörterung ihrer Strafbarkeit*, 1905, pp. 24 y s.; BISTER, *Der untaugliche Versuch im allgemeinen und ein besonderer Fall desselben: Betrugsversuch durch Täuschung über eine gesetzwidrige oder unsittliche Leistung*, 1909, p. 37; cf. también VON BURI, *GS*, t. 32 (1880), pp. 369 y s.; ídem, *ZStW*, t. 1 (1881), p. 205.

(117) Las referencias de nota 89.

(118) Así, la opinión dominante; véase, en lugar de muchos, JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 532; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 23, núm. m. 13 y s.; RUDOLPHI, en: *SK StGB*, § 23, núm. m. 8; TRÖNDLE/FISCHER, § 23, núm. m. 5 (todos con otras referencias).

(119) STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 61; OTTO, *Allg. Teil*, § 18, núm. m. 63; con reservas, sin embargo, SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 15/45; BAUMANN/MITSCH, *Allg. Teil*, § 26, núm. m. 37; BURKHARDT (nota 2), pp. 101 y s.; ARMIN KAUFMANN (nota 27), p. 403; cf. también ARZT, en Ulsamer (comp.), *Lexikon des Rechts / Strafrecht, Strafverfahrensrecht*, 2.^a ed., 1996, p. 1144.

(120) Así, p. ej., expresamente, STOPFKUCHEN (nota 84), pp. 86 y s.; también ya KADEŔKA, *MschKrimPsych*, t. 19 (1928), pp. 140 y s.; de otro modo, sin embargo, KUERT (nota 46), pp. 56 y ss.; ALWART (nota 10), pp. 231, 233, nota 21.

de la paz jurídica. De este modo, surge ahora, por cierto, la cuestión de qué pasa con la perturbación de la paz jurídica en otros casos, en supuestos de ataques (burdamente) insensatos al bien jurídico.

3. ¿Ataque (burdamente) insensato al bien jurídico como perturbación de la paz jurídica?

Si el elemento «burda insensatez», como criterio de falta de perturbación de la paz jurídica, cumple justamente la función de caracterizar determinados ataques al bien jurídico que no necesitan ser penados (121), no subsiste para el § 23, párr. 3, StGB un campo de aplicación legítimo. Si bien el derecho vigente presupone que entre la tentativa irreal y la burdamente insensata puede ser trazada una línea divisoria, esta diferenciación no sólo está afectada de dificultades, como es destacado en todas partes (122), sino que ella de ningún modo es realizable, ya que se trata en esto de sinónimos (123). De hecho, existe un gran número de posturas críticas acerca del § 23, párr. 3, StGB, que precisamente se dirigen a este punto, es decir, a que evidentemente al legislador le habría faltado el valor para la consecuencia de exceptuar obligatoriamente de punibilidad a la tentativa burdamente insensata (124). Con esta justa crítica quizá se pueda incluso ingresar en un nivel aun

(121) Al respecto, *supra*, II.3.B), c), e), 4. Por lo demás, es natural entonces, a la inversa, no apreciar en el marco del § 24, párr. 1, oración 2, StGB, los esfuerzos de desistimiento burdamente insensatos, es decir, manifiestamente inapropiados para evitar la consumación del hecho. La cuestión está poco clarificada; véase, al respecto, también JAKOBS (nota 29), pp. 279, 281, y MAIWALD, *Festschrift für E. A. Wolff*, 1998, p. 346; además, ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 24, núm. m. 103.

(122) Véase sólo KÜHL, *Allg. Teil*, § 15, núm. m. 94.

(123) Decididamente de otro modo, p. ej., JAKOBS, *Allg. Teil*, 25/81; ídem (nota 29), p. 287, nota 32; críticamente al respecto, SANCINETTI (nota 29), pp. 224 y ss., quien intenta deducir un ámbito de aplicación para el § 23, párr. 3, StGB, al querer subsumir bajo esa disposición aquellos proyectos de acción que no exhiben una burda insensatez desde *todas* las perspectivas, sino que dejan lugar para un punto de vista desde el cual la tentativa *no* testimonia burda insensatez, y, por ende, es sólo *en parte* burdamente insensata (lug. cit., p. 223, nota 103, pp. 225 y ss.). Sin embargo, la ley no ofrece ningún punto de apoyo para tales diferenciaciones asaz sutiles.

(124) Véase sólo STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 61; BAUMANN/MITSCH, *Allg. Teil*, § 26, núm. m. 36; WOLTER (nota 6), p. 78, nota 48, pp. 79 y s.; HA (nota 9), pp. 58 y ss.; K. MALITZ (nota 28), p. 191; ROXIN, *JuS*, 1973, p. 331; en vistas al § 27, párr. 3, Proyecto de 1962, modelo directo del § 23, párr. 3, StGB, asimismo Arthur KAUFMANN, *Festschrift für H. Mayer*, 1966, p. 116, y STOPFKUCHEN (nota 84), p. 85; en relación con el art. 23, párr. 2, Cód. Penal suizo, igualmente ALBRECHT (nota 9), p. 61. En cambio, el § 23, párr. 3, StGB es defendido por BURKHARDT (nota 2), pp. 97 y ss.; ALWART (nota 10), p. 235; ARZT (nota 119), p. 1144.

más profundo y poner a prueba en general la necesidad de pena de ataques insensatos al bien jurídico.

Quien considerase a la insensatez en general como equívoca y comunicativamente irrelevante para la realidad social podría castigar, en principio, sólo la tentativa idónea, mientras que la inidónea, en cambio, únicamente en los casos de puros errores de percepción (125). La antigua discusión en torno a la punibilidad de la tentativa inidónea (126) es, por tanto, una discusión acerca de si sólo hechos «sensatos» afectan el orden jurídico y por eso necesitan ser penados según criterios de prevención general. Detrás de ello se encuentran distintas representaciones del hombre como un ser razonable, con las correspondientes consecuencias para el orden jurídico. Por un lado, el hombre se puede definir como persona jurídica única y exclusivamente por su razón. Entonces, el derecho ignorará tentativas irrazonables de toda índole, es decir, también la tentativa «meramente» insensata sería substraída a la sanción penal. Por tanto, una concepción racionalista de esa clase sólo permitiría castigar (sustancialmente) la tentativa idónea, como ha sostenido de modo significativo Feuerbach (127). Sin embargo, parece más realista reconocer que la razón no está perfectamente personificada en ningún hombre, pues de todas maneras también la irracionalidad le pertenece, en la medida en que cada uno tiene que considerarse a sí mismo potencialmente como un afectado por ella, es decir, en cuanto no puede estar seguro de descubrirla. Lo que importa, entonces, es diferenciar entre dos formas de pensar y actuar irracionales: en primer lugar, puede ocurrir así que si bien la desorientación del autor es evitable, su causa no es para todo el mundo reconocible con seguridad –es decir, manifiesta–, de modo que el límite de la irrelevancia social aún no es alcanzado. En segundo lugar, este límite puede también ser sobrepasado. Sólo en el último caso, por tanto, en la tentativa burdamente insensata, existe entonces motivo para renunciar a una pena.

4. Observación final acerca de la punición de la tentativa insensata

Ciertamente tampoco en caso de tentativa meramente insensata se podrá desatender que ella presenta un déficit en comparación con la

(125) Así, de hecho, la propuesta de STOPFKUCHEN (nota 84), pp. 84 y ss.; contra la punibilidad de la tentativa inidónea en general en el tiempo más reciente, sólo pocos autores; véase, empero, KÖHLER, *Allg. Teil*, 1997, pp. 456 y ss.; en lo sustancial, también SCHÖNWANDT (nota 10), pp. 132 y ss.

(126) En profundidad, acerca de su dimensión histórica, ZACZYK (nota 10), pp. 41 y ss.

(127) Las referencias de nota 9.

tentativa «sensata». Este déficit consiste –como, por lo demás, también ocurre en la tentativa inidónea basada en un puro error de percepción– en su *falta de peligrosidad*. Esto puede ser considerado a través de una graduación de la pena: la tentativa inidónea punible sería penada, entonces, más levemente que la idónea (128). De ese modo, el análisis del rol de la «insensatez» en la delimitación entre conducta punible e impune desemboca en otra problemática, a saber, la de su significación para la determinación de la pena. Ello, sin embargo, le abre a esta temática una nueva dimensión, la cual ya excede el problema que aquí había que tratar.

(128) En este lugar no se habrá de tratar la cuestión de cómo puede ser llevado a cabo ello adecuadamente, especialmente si se debe abogar en favor de una atenuación del marco penal obligatoria; sobre la atenuación de la pena en caso de tentativa inidónea, véase WOLTER (nota 6), pp. 175, 304 y s.; SCHÄFER, *Praxis der Strafzumessung*, 1990, núm. m. 400; STRATENWERTH, *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, 1963, pp. 264 y ss.; FRISCH, *Festschrift für Spindel*, 1992, pp. 404 y s.; OLG Hamm, VRS, t. 35 (1968), pp. 269 y s.

Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios

MASSIMO DONINI (1)

Università di Modena e Reggio Emilia

SUMARIO: I. El fenómeno de la expansión mundial del poder judicial.–II. Espacios para una legítima política interpretativa del juez a la luz de los principios constitucionales.–III. La experiencia italiana de reinterpretación del Código penal de modo conforme a la Constitución.–IV. El principio de subsidiariedad entre competencia del poder político y el papel del juez.–V. Derecho penal y democracia: antinomias y convergencias de una relación difícil

1. EL FENÓMENO DE LA EXPANSIÓN MUNDIAL DEL PODER JUDICIAL

El *poder judicial* ha conocido, en los últimos lustros, aquello que ha sido adecuadamente definido como *una expansión global* (2).

(1) Traducción de María Inés HORVITZ LENNON, Universidad de Chile, y Raúl CARNEVALI RODRÍGUEZ, Universidad Alberto Hurtado (Chile).

(2) TATE/VALLINDER (Eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, 1 ss., 27 ss. y *passim*; L. M. FRIEDMAN, *Total Justice*, *passim*; HOLLAND, *Judicial Activism in Comparative Perspective*, *passim*. Las publicaciones acerca de las relaciones entre los jueces y la democracia, o entre los jueces y política, en los últimos años, han aumentado significativamente. Recuerdo sólo (además de las numerosas contribuciones sobre corrupción institucional y *Tangentopoli*), entre la literatura aparecida en Italia, PIZZORNO, *Il potere dei giudici*, *passim*; GUARNIERI/PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, (con amplia bibliografía); ídem, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, *passim*; GARAPON, *Le gardien des promesses*, tr. it., *passim*; GARAPON/SALAS, *La*

Se trata de un fenómeno que, por definición, expresa *una crisis de la legalidad como modelo «fuerte» de solución preconstituida de los conflictos*.

En el origen de tal fenómeno existen *tres causas o al menos tres factores desencadenantes*.

El primero es la pérdida de poder soberano de los Estados y de la misma «ley», en un contexto de globalización, por un lado, y de privatización y particularización, por el otro, de las decisiones político-económicas.

El segundo es el desarrollo del derecho de los principios de la Carta constitucional y de los actos supranacionales, que se superponen y se sustituyen al gobierno de las «reglas» parlamentarias.

El tercero está dado por la conciencia colectiva de la importancia cada vez mayor del derecho aplicado, de la *law in action* respecto del derecho escrito.

Con relación a la *pérdida de soberanía de los Estados* se aprecia que la ley está actualmente más condicionada, en su contenido, a decisiones adoptadas extramuros del Parlamento que la aprueba: sean esas fuentes transnacionales (por ejemplo, el derecho comunitario para Europa), o bien se trate de acuerdos internacionales, decisiones político-económicas externas, las que producen fuertes consecuencias en la legislación de los Estados nacionales, etc., o se trate incluso, de decisiones de grupos de presión, *lobbies*, empresas, que «contratan» fuera del Parlamento el «estatuto penal» que los proteja; o se trate ya de fuentes jurídicas subordinadas a la ley, pero muy importantes para dotarlas de contenido. Es verdad, entonces, y con relación al derecho penal en particular, que sobre todo ello domina el ordenamiento jurídico general: si se quiere conocer la licitud de una conducta, con la excepción de pocos delitos naturales en que resulta claro para todos que se trata de actos delictivos, es más prudente consultar primero el ordenamiento jurídico extrapenal: quien parte por el orden jurídico penal corre el riesgo de desviarse. Empero, en el ordenamiento extrapenal muchas fuentes operan por fuera de una verdadera subordinación respecto a principios y reglas penales coexistentes: por ello, tales diversas «fuentes» deberían estar coordinadas, antes que colocadas en una relación de mera ejecución respecto a las otras.

République pénalisée (1996), tr. it., *passim*; COLAJANNI, *Mani pulite? Giustizia e politica in Italia*, *passim*; SCODITTI, *Il contropotere giudiziario*, *passim*; RIGHETTINI, *La politicizzazione di un potere neutrale*, 227 ss.; AA.VV., *Giudici e democrazi*, *passim*; P. PASQUINO, *Uno e trino. Indipendenza della magistratura e separazione dei poteri*, *passim*; SOULEZ LARIVIERE, *Du cirque médiatico-judiciaire*, tr. it., *passim*.

Esta complejidad disminuye el papel ordenador del Estado y aumenta aquel del intérprete.

Hoy en día se habla, por lo demás, de un sistema jurídico que no es más «piramidal»-jerárquico (donde la fuente inferior, por ejemplo la ley respecto de la Constitución, es una relación de «ejecución» respecto a la fuente superior), sino «una red», porque las fuentes interactúan de modo no jerárquico y deben estar «coordinadas» entre ellas, antes que situarse en relaciones rígidas de subordinación o de supraordenación.

El entrelazado reticular de las fuentes tiene evidentemente que ver con la debilidad jerárquica de la ley, e incluso con el incremento del poder judicial, porque esto hace (*pendant*) a una pérdida del poder soberano de los Estados, una *pérdida de soberanía en la que muchos reconocen aspectos esenciales de la globalización* (3): ello proviene de la circunstancia de que muchas decisiones de política económica se adoptan, hoy, en el nivel supraestatal, por poderes económicos transversales respecto de los Estados, sea que ellos resulten representados en organismos internacionales de control de la economía, por ejemplo, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización Mundial del Comercio (WTO); o sea, que operen por fuera de estos últimos. Hay, por tanto, una ausencia de dirección jurídica y, en consecuencia, una desautorización a los Estados nacionales, en la que se afianza una *governance* económica: a la *governance* económica global no corresponde, sin embargo, un gobierno global sino una «governance», esto es, un complejo de actores constituido por Estados, mercados, movimiento y comunidad (4).

El *segundo factor* del aumento del poder judicial está constituido por el *derecho (penal) de los principios*.

Cualquiera sea el contenido que el Parlamento pretenda dar a la ley, su funcionamiento real, su aplicación, será siempre más limitado que los principios superiores que fijan barreras insuperables a las mayorías parlamentarias, y son capaces de vaciar o modificar profundamente el alcance de una ley.

El único poder que realmente puede controlar las leyes a la luz de los principios es el poder judicial.

(3) Por ejemplo, ROSENAU, *Sovereignty in a Turbulent World*, 191 ss.; BECK, *Was ist Globalisierung?*, 24 ss.; HELD, *Law of States, Law of People*, 1 ss. Para una reflexión sobre la soberanía en este nuevo orden, v. también, HARDT/NEGRI, *Empire*, tr. it., *passim*.

(4) Sobre las perspectivas de una *governance* mundial democrática v. MARTINELLI, *La democrazia globale*, 115 ss.

La magistratura, en efecto, además de intervenir en sede de control, centralizado o difuso, la legitimidad de la ley, lleva a cabo una relación directa entre el poder público y cada uno de los ciudadanos: esto es algo que la ciencia jurídica no ha hecho nunca y que la política oficial ha dejado de hacer hace tiempo. La magistratura «compensa el “déficit democrático” de la decisión política actualmente dedicada a la pura gestión y a dar a la sociedad aquel referente simbólico siempre menos identificable en el parlamento» (5); ella se torna *intérprete de los derechos* de todos, y a veces de las minorías, frecuentemente contra las razones particulares o prevaricadoras de la política oficial, y lo hace «desde abajo», esto es, partiendo de los casos, de la pretensión de los interesados.

Otra razón central de tal incremento del poder judicial que, lejos de constituir un fenómeno italiano o europeo, «es común a todas las democracias liberales maduras» (6), está representada por las consecuencias que el *pluralismo* (ideológico, hermenéutico, de las fuentes, de los ordenamientos), en conjunto con la conflictividad de los intereses públicos y privados, produce sobre la gestión de la legalidad. Incluso, las leyes más antiguas se aplican en el contexto de «ponderación entre principios» que reorganizan su significado. Y las nuevas leyes siguen pronto la misma suerte.

Es la misma ley –en cuanto forma máxima de instrumento autoritativo constituido por reglas determinadas abstractamente (no por principios y valores más indeterminados)– la que se manifiesta crecientemente incapaz de soluciones generalizadoras definitivas, según el paradigma de decisión parlamentaria, y que por eso se halla necesitada de niveles de decisión mucho más equilibradas, que debe delegar al poder judicial no sólo con relación al caso concreto sino también respecto de valores más generales. La ley, entonces, se «diferencia» también *in action*. Y este es el tiempo de un *derecho penal diferenciado*.

El tercer factor expresa la conciencia del gran «peso» de la interpretación respecto a la letra de la ley, y es un resultado internacional de la cultura hermenéutica: ley y derecho son realidades distintas. La conciencia de este dato estaba ausente del proyecto de la codificación entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX y, actualmente, la consecuencia que de ello se deriva es la crisis del

(5) Así, eficazmente, GARAPON, *Le gardien*, tr. it., 33.

(6) PIZZORNO, *Il potere dei giudici*, 6. En perspectiva comparada, v. por todos, los análisis de HOLLAND, *Judicial Activism*, *passim*; TATE/VALLINDER (ed.), *The Global Expansion*, *passim*; GUARNIERI/PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, *passim*.

modelo de código y de sistema «cerrado» típico del siglo XIX y, al mismo tiempo, la crisis de la concepción ejecutivo-deductiva (o silo-gística) de la interpretación de los textos legales.

Nadie piensa que quien conoce la ley penal conoce el derecho penal: este último está constituido por el texto legal más su interpretación y aplicación al caso. Nadie, por tanto, se ilusiona más con la idea que basta conocer la ley penal oficial, aquella publicada en los Diarios Oficiales. Sólo los comentarios doctrinales y jurisprudenciales dicen la verdad, como escribió Esser, hace ya cincuenta años.

Este fenómeno produce, a su turno, una *evolución de las tareas del poder judicial*: no más el ejecutor de la imposición autoritaria de los deberes del ciudadano en general, sino el intérprete de los derechos del ciudadano y de las minorías, a través de disposiciones de la administración pública o la mediación de intereses de grupos contrapuestos. El intérprete, entonces, regula situaciones particulares, adapta la ley a la pluralidad de hechos, antes que llevar la variedad de la ley a una unidad superior. El estudio de las sentencias, cada vez más analíticas y minuciosas «demuestra» a todos que el derecho *in action* no es la mera ejecución de la ley escrita y esto, en buena medida es, natural e inevitable.

2. ESPACIOS PARA UNA POLÍTICA INTERPRETATIVA LEGÍTIMA DEL JUEZ, A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

La expansión del poder judicial ha generado la *acusación de una «politización» de la magistratura, la que rompería las estructuras de la democracia liberal y de la división de los poderes*, en una actividad de sustitución judicial, de democracia judicial que habría tomado el puesto de la democracia parlamentaria.

Sobre todo en el derecho penal existe una fuerte resistencia a admitir un papel del juez que no sea tendencialmente ejecutivo: dejarle un espacio «directamente» político en la interpretación genera el temor de que ello produzca necesariamente una extensión de la punibilidad, y por tanto una violación del principio de legalidad estricta y de prohibición de analogía (*in malam partem*).

En el derecho civil, del trabajo, de la familia, etc. se afirma que el discurso es distinto: aquí *el juez puede verdaderamente* «alargar la esfera de los derechos» del ciudadano en general, extendiendo leyes indeterminadas, porque en el instante en el que, aplicando cualquier principio constitucional, él amplía la tutela de aquellos derechos, con

ello da satisfacción a los intereses de una entera categoría de sujetos que resultan de esta manera protegidos, sin perjudicar la libertad y la dignidad de ninguno, incluso sólo por efecto del «estigma» que acompaña a la condena penal. Aquí no hay un imputado que proteger mediante la garantía formal de la ley, ni con la reserva absoluta de ley, ni con la prohibición de analogía *in malam partem*, ni con el vínculo constitucional de determinación, etc.

En el derecho penal, por el contrario, una operación similar no puede sino producir ilegalidad, porque extender la tutela de los derechos a las posibles víctimas significa inventar nuevos bienes jurídicos o nuevas tipologías de conductas punibles, con el fin de proteger a las personas ofendidas por estas «nuevas» agresiones: pero todo ello por fuera de la legalidad, de la reserva de ley, que «garantizan» los derechos del imputado, que son su «Magna Charta» como decía Von Liszt.

En el derecho penal, por tanto, el único espacio para una intervención legítima del juez, para una «política interpretativa», estaría constituido por los derechos del imputado frente al Estado, no aquellos de la víctima o de la sociedad: *el juez sólo podría «extender» la no punibilidad, efectuar interpretaciones restrictivas de las incriminaciones o extensivas de las causas de justificación, o bien rediseñar normas de la parte general en función limitadora de la responsabilidad*, según una lógica de *extrema ratio* y subsidiariedad: disminuyendo así, el sufrimiento que la pena conlleva, jamás aumentándola.

Estas afirmaciones, que si bien son exactas en el plano teórico, tienen que ser corroboradas. Aunque ellas funcionan especialmente en los «casos fáciles» (que ciertamente constituyen la mayoría) y *en el límite de un cuadro simple y ordinario de relaciones entre los poderes del Estado*: un cuadro más cercano a un Estado regional y pre-industrial, que no es el horizonte de una sociedad multicultural, transnacional y globalizada. «Los casos difíciles» y la actualidad de las fuentes complican, por tanto, la posibilidad de hacer operativo aquel paradigma tan «clásico» y racional.

Intentemos distinguir.

En el sistema del *civil law*, del derecho codificado, en el plano de la actividad interpretativa ordinaria, el juez penal (y el intérprete en general) debe enfrentarse con problemas de *interpretación general de la ley* (problemas generalizantes) y de *aplicación de la ley a los casos* (*problemas individualizantes*).

Entre ambas actividades se presentan *casos fáciles* y *casos difíciles* (*hard cases*). Los casos difíciles, sin embargo, son por fortuna menos numerosos que aquellos fáciles.

La verdadera actividad del juez, en cada caso, lo que le es específicamente propio, consiste en aplicar reglas a casos singulares, no construir reglas para todos los casos; ellos no pueden eximirse de generar interpretaciones acabadas y cada interpretación de una norma particular produce repercusiones por el solo hecho de estar insertada en un complejo de reglas *in fieri*.

Cada regla del sistema cambia por el solo hecho de interactuar con otras reglas que cambian. A veces, las normas resisten por muchos decenios sin experimentar variaciones en su aplicación. Es más, en muchos otros casos, después de pocos años de evolución rápida, todo un antiguo sistema de pensamiento y de tradición hermenéutica puede comenzar a experimentar transformaciones, primero, de apariencia marginal y, después, profundas. Las reglas vienen «desarmadas» y rearmadas, «deconstruidas».

Como las leyes son siempre en parte indeterminadas, el papel del intérprete, en estos espacios de indeterminación, es indispensable, dado que el legislador interviene raramente y con intermitencia. No hay analogía cuando lo que hay es indeterminación de la ley (7).

Además, *el juez debe siempre advertir cuándo está extendiendo de modo innovador la punibilidad respecto a las interpretaciones pasadas, sin que opere una analogía prohibida.*

Y aquí debería introducirse una norma que prohíba la aplicación de estas innovaciones interpretativas (*in malam partem*) al caso concreto: para sí poderlas adoptar, pero sólo si confirman las decisiones de un órgano superior de control (*prohibición de retroactividad de las interpretaciones desfavorables innovadoras*). Ello, tal como prevé, a nivel europeo, el Proyecto de Código europeo en lo que se refiere a la protección de las finanzas de la CE, denominado *Corpus Juris* y el artículo 7 (sobre prohibición de retroactividad) de la Convención europea de los derechos del hombre, como se ha interpretado por la jurisprudencia de la Corte de Justicia.

Ahora bien, todos estos espacios de innovación hermenéutica se registran ya en la interpretación de la ley ordinaria y con prescindencia de la hermenéutica constitucional. Pero *cuando interviene el derecho penal de los principios constitucionales, aumenta mucho la posibilidad de una «relectura» ex novo de un completo sistema penal.*

(7) En el sentido de que cuando una ley es más indeterminada, tanto más admite, de hecho, que se lleven a cabo analogías «legales»: sólo las reglas muy (o demasiado) taxativas evidencian lagunas, aquellas genéricas las esconden. El problema, por tanto, es a nivel de indeterminación, si son aún tolerables o más bien no. Un margen de indeterminación es propio de todas las normas.

Los principios y las reglas constitucionales obligan al juez a releer las leyes ordinarias según la norma fundamental. Las leyes ordinarias que no estén conforme con la Constitución son leyes inválidas y deben ser, o bien reinterpretadas de modo constitucional, o bien declaradas ilegítimas por el órgano competente si es puesta en su conocimiento la cuestión: si no son recurridas de legitimidad constitucional una norma ilegítima puede continuar existiendo por tiempo ilimitado.

3. LA EXPERIENCIA ITALIANA DE RE-INTERPRETACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE MODO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

La experiencia italiana, en este punto, es rica en ejemplos y muy ilustrativa.

Desde que la *Constitución de 1947* entró en vigor existe un *Código Penal* (de 1930) que nunca ha sido integralmente sustituido, de una sola vez, sino sólo «a pedazos», con reformas parciales, especialmente en el ámbito de la parte especial y del sistema sancionatorio. En los últimos 30 a 40 años se ha desarrollado un movimiento amplio de relectura del Código (y de las leyes especiales) según la Constitución. Eso se llama aproximación u orientación constitucional del derecho penal, que ya ha atravesado diversos «estadios».

De algunas normas de la Constitución se han *derivado*, por vía interpretativa, *numerosos principios* (8): Legalidad, prohibición de retroactividad de las normas penales incriminadoras y también el principio de reserva (tendencialmente absoluta) de ley y el principio de

(8) Sobre los fundamentos constitucionales del Derecho penal en la literatura italiana, BRICOLA, voz *Teoria generale del reato*, en *NSSDI*, vol. XIX, Utet, Torino, 1973, *passim*. Para una revisión crítica más reciente, entre otros, MARINUCCI/DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 333 ss.; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I3, Giuffrè, Milano, 2004, Pre-Art. 1/27 ss.; DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, en *Foro it.*, 2001, V, 29, ahora en *Id.*, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, 37 ss.; *Id.*, voz *Teoria del reato*, en *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIV, 1999, 226 ss., 265 ss.; PALAZZO, *Introduzione ai principi*, 142 ss.; MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione*, en AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I2, a cargo de INSOLERA, MAZZACUVA, PAVARINI, ZANOTTI, GIAPPICHELLI, Torino, 2000, 79 ss.; FIANDACA, en FIANDACA/DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Jovene, Napoli, 2003, 115 ss. (parágrafo: *Nessun reato senza offesa*).

taxatividad o suficiente determinación (art. 25 Constitución italiana); principio de responsabilidad por el propio hecho culpable o principio de culpabilidad (art. 27. 1 Constitución italiana); principio de racionalidad y como corolario del principio de igualdad el de proporcionalidad (art. 3.1 Constitución italiana); principio (expresamente previsto por la Constitución) de la finalidad reeducativa de la pena (art. 27.3 Constitución italiana); principio de ofensividad, o de necesaria lesividad del delito (arg. *ex* art. 13, 25, 27 Constitución italiana); a ellos se suman otros principios político-constitucionales, a veces definidos como criterios informadores o de orientación, y en otros casos como «características» del sistema penal (subsidiariedad, fragmentariedad, laicidad, efectividad, materialidad, etc.).

Estos principios son de dos clases y tienen un diferente grado de «justiciabilidad»: los demostrativos y aquellos de dirección política (9).

Los *principios demostrativos* (por ejemplo, legalidad, prohibición de retroactividad, reserva de ley, culpabilidad, etc.) deben aplicarse a todas las leyes, y si son violados por una ley, ella es inconstitucional. Existen, de hecho, criterios para valorar en modo suficientemente «técnico» el respeto de estos principios. Ellos son, por tanto, «justiciales», porque la Corte Constitucional puede aplicarlos y anular las leyes sin que pueda ser acusada de realizar elecciones ilegítimas de tipo político.

Los *principios de dirección política* o «argumentativos», por el contrario (por ejemplo, de *extrema ratio* o subsidiariedad, defensa social, lesividad, etc.) no pueden ser utilizados aisladamente (sin el auxilio de otros principios o normas violados) para que la Corte Constitucional pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley: ellos sirven para «argumentar», en conjunto con otros principios demostrativos, si una ley es legítima, porque no existen instrumentos técnicos adecuados para expresar la ley sobre la base de tales principios, sin que el juicio se vuelva demasiado «político» y, como tal, no consentido por la Corte Constitucional. Por ejemplo, hasta hoy resulta difícil que la Corte Constitucional declare la ilegitimidad de una norma penal en base a que el ilícito, por razones de *extrema ratio*, debió haber sido sólo de tipo administrativo: la elección del tipo de sanción, de hecho, se mantiene como una cuestión esencialmente política, y como tal, no justiciable por parte de la Corte.

Sin embargo, *estos principios, sea demostrativos, sean de dirección política (o argumentativos), son utilizables por los jueces ordina-*

(9) Recogiendo las distinciones expuestas en DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, cap. I; ídem, voz Teoria, cit.

rios para interpretar las leyes, para re-interpretarlas según la Constitución, volviéndolos así –tras la interpretación– constitucionalmente conformes. No sólo: la interpretación «adecuadora», que conforma la ley a la Constitución, es imperativa para el juez, es un deber del juzgador, que tiene la obligación de aplicar sólo las leyes constitucionalmente conformes.

Ha ocurrido así que muchísimas normas del Código Rocco de 1930 han sido no sólo «releídas» a través de la Constitución, sino que de hecho «reescritas» por efecto de esta reinterpretación.

Esto es lo que más ha acontecido, *en sentido liberal, restrictivo de la punibilidad, especialmente por parte de la doctrina.* Por ejemplo, a través de la relectura de los bienes jurídicos del Código a la luz de la Constitución se han adaptado muchas interpretaciones más «laicas» (en materia de delitos contra la religión, las buenas costumbres, la moral), o bien más cercanas al requisito de lesividad (por ejemplo, en materia de delitos políticos, de atentado y también en muchísimos delitos comunes) o al de culpabilidad (eliminando muchas hipótesis de responsabilidad objetiva), o el de taxatividad (eligiendo las interpretaciones que hacen más preciso y riguroso el contenido de una norma, en vez de aquellas que las hacen menos indeterminadas y manipulables), etc.

En la jurisprudencia, en cambio, el uso del derecho constitucional se ha efectuado en parte en la misma dirección liberal de la doctrina, cuyas propuestas se han recibido, pero en parte también para extender la punibilidad, vale decir, para reforzar la tutela de intereses o de sujetos descuidados por la normativa vigente, por el retardo del Parlamento en satisfacer la exigencia de reforma.

Ha ocurrido así, que muchos delitos en materia de administración pública (por ejemplo, abuso de la función, corrupción, peculado, etc.) han sido interpretados de modo extensivo, en nombre de los valores constitucionales, para controlar la «legalidad» de la actividad de los poderes públicos por parte de la magistratura, o para extender el estatuto penal de los funcionarios públicos a otra categoría de sujetos (considerados) equiparables; lo mismo acontece en el control sobre la actividad edilicia (a través de concesiones «sustanciales» de los bienes protegidos por los delitos en materia de construcción abusiva), o sobre la empresarial (a través de interpretaciones extensivas de los delitos de falsedades en los balances, cuya transparencia es funcional a la protección del mercado, de la economía, etc. o bien extendiendo las posiciones de garante y, de esta manera, los delitos omisivos para la mejor tutela de los trabajadores), o sobre la actividad médico-quirúrgica y sobre la comisión de desastres ambientales o lesiones y

homicidios derivados de la actividad industrial (a través de la extensión de la causación culposa y omisiva que deba imputarse, la protección de la salud y de la vida, resultados lesivos sólo quizás producidos, mediante el parámetro del aumento del riesgo), o sobre conductas de participación y asociación criminal (mediante la invención y la elaboración del denominado concurso externo en los delitos asociativos) y así, muchos otros.

Por ello, decimos que *el uso del derecho penal de los principios*, o bien de categorías ligadas a ellos, como la de bien jurídico «de relevancia constitucional», *se presta no sólo para los fines del garantismo, sino también para operaciones indebidas, extensivas de la punibilidad*. En tal caso, ello suscita muchas polémicas y también legítimas censuras, porque da lugar a interpretaciones denominadas «sustanciales» que fuerzan o rompen la división de los poderes, creando nuevas incriminaciones a través de la mera gestión «hermenéutica» de aquellas existentes. Estas operaciones son, por una parte, claramente ilegítimas; por otro lado, a su vez, se encuadran en los denominados «casos difíciles», porque la relativa indeterminación de las normas, releídas a través de los principios, hace posible estas opciones hermenéuticas. Así, *los casos difíciles dejan abierto el camino a una política judicial legítima aunque extensiva de la punibilidad*.

Todo este discurso nos lleva a indagar las relaciones entre derecho penal y política, porque finalmente es la política, legítimamente construida en las instituciones, la que tiene la competencia para crear el derecho penal, pero sólo con respeto a los principios que se hallan supraordenados a ella y que no están en la libre gestión de las mayorías parlamentarias.

4. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD ENTRE COMPETENCIA DEL PODER POLÍTICO Y FUNCIÓN DEL JUEZ

El principio más importante de la política criminal (y que en muchos ordenamientos tiene, aunque sea indirectamente, un fundamento constitucional) *es aquel de extrema ratio o subsidiariedad*, el cual significa que, primero, está la prevención, la política social, las sanciones extrapenales y sólo entonces se puede recurrir a la pena. La solución de los problemas sociales no puede servir de apoyo para utilizar el derecho penal como arma principal. Ya el hecho de colocar en ello muchas esperanzas es señal de un uso indebido de la pena y, por tanto, de la libertad de los ciudadanos. La pena se justifica cuando existe aquella prevención, aquella política social, aquel aparato extra-

penal. Este juicio, sin embargo, se encuentra hoy a la libre gestión de los partidos políticos, del poder político, porque el jurista no posee todavía *una verdadera ciencia de la subsidiariedad*. La construcción de esta ciencia, de modo de hacer efectivamente al menos un poco justiciable aquel principio (por parte de la Corte Constitucional) es hoy una tarea de los estudios penales.

A este fin, deberá darse más espacio a los estudios empíricos, estadísticos, criminológicos, etc., en la construcción de las leyes penales, porque el derecho penal no es simplemente un decálogo, un conjunto de normas de comportamiento, sino también un proyecto político-criminal en la disciplina de un fenómeno social. Sólo así, introduciendo conocimientos empíricos en la construcción de las leyes, también el juez, será autorizado a considerar las reglas como programas de objetivos orientados a las consecuencias, y no sólo como premisas de un silogismo: lo podrá hacer sin ser acusado de utilizar cultura y conocimientos extraños, porque el mismo Parlamento los habrá empleado en fase de construcción de la ley: y esto, tanto más cuanto más debiese afirmarse la idea de que el Parlamento tiene el deber de motivar las leyes penales (10).

La subsidiariedad, de hecho, no incumbe sólo al legislador cuando construye los ilícitos, desde el momento en que ella regula la competencia de lo penal respecto de lo extrapenal. La *extrema ratio* incumbe también a la fase de aplicación de la sanción: el juez debe aplicar la sanción menos grave, cuando la más grave no aparece como necesaria.

Actualmente, la *extrema ratio* asigna también al juez un papel relevante en el campo de la aplicación de la pena, especialmente con relación a las hipótesis y al *fenómeno de la «no punibilidad»*.

Se trata de una política que, aunque mira a la reducción del derecho penal, toma nota que también en un sistema penal más reducido y menos expandido que el actual, *sólo existe la posibilidad de castigar una parte menor de todos los delitos que se cometen* y pretende por tanto, racionalizar las opciones que necesariamente van asociadas a este propósito.

No punibilidad significa que hemos dejado atrás la idea grisácea y sacralizada de una justicia sin salida, sin objetivos, que persigue el

(10) *Amplius*, sobre tales aspectos, DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, Cap. IV e IX; ídem, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, en *Questione giust.*, 2004, spec. 497-509; ídem, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, en *Riv. it. di proc. pen.*, 2003, 141 ss.

mismo ideal (y por tanto, gasta los mismos recursos públicos) en cada proceso, en las bagatelas y en los grandes casos, para esclarecer y castigar, tanto el hurto de una bicicleta como una organización criminal internacional. La justicia se diferencia sabiendo graduar concretamente su respuesta, incluso renunciando a la pena aunque en abstracto se hayan amenazado sanciones graves. *No punibilidad* significa la existencia de una estrategia diferenciada de causas de reducción o eliminación de la pena, previstas en la ley pero confiadas al juez. El principio que la inspira es, aquí también, el de *extrema ratio*.

A este fin, la legislación más conforme con la subsidiariedad debería establecer reglas, catálogos de penas alternativas, muy diferenciadas, de las restrictivas o privativas de derechos a las pecuniarías, sustitutivas, etc. que admitan una selección que refleje la *extrema ratio*, y con ellas un abanico de hipótesis de graduación sancionatoria, hasta la sustitución de una pena criminal con una administrativa y, para terminar, un abanico de hipótesis de no punibilidad en sentido estricto. Las legislaciones contemporáneas han aumentado muchísimo las hipótesis de causas extintivas, de remisiones, de casos de insignificancia, de formas de extinción del delito, de renunciaciones a la pena seguidas de mediación, reparación del daño, puestas a prueba, etc.

Se obtiene una imagen diversa de la justicia: junto a la idea clásica de un juez que determina una verdad de Estado y *distribuye autoritativamente la culpabilidad* a sujetos que «experimentan» el juicio y la pena —esta es una idea que queda, se entiende— se *afianza* aquella de un juez que «dialoga» con el ciudadano, incluso cuando lo castiga, y de aquí una justicia que tiende a la *composición de los conflictos*, a la misma reconciliación, y no a la mera irrogación de un mal «merecido».

5. DERECHO PENAL Y DEMOCRACIA: ANTINOMIAS Y CONVERGENCIAS DE UNA RELACIÓN DIFÍCIL

El derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico que más tiene que ver con la irracionalidad, que con la violencia y con el mal, irracionalidad de los autores, de las víctimas y del mismo Parlamento que construye las leyes emotivamente, de modo instrumental-simbólico, por razones de mero consenso político o de lucha política, y de este modo sin un examen y un proyecto científico.

El uso político del derecho penal, desvinculado de los controles de racionalidad y de verificación de la *extrema ratio*, lo ha puesto por ello demasiado libre de perseguir objetivos inconfesables, de volverse un fácil *instrumentum regni*. La ausencia de motivación de las leyes penales hace que ello sea a menudo directamente injustificable e imprevisible.

Frecuentemente, por otro lado, el penalista ve una *contradicción entre el derecho penal y la democracia*: las «decisiones de la mayoría» no salvaguardan, de seguro, la racionalidad de la construcción de las leyes y la someten a los acuerdos entre partidos. Hay por tanto una dialéctica entre derecho penal y democracia que la entendemos sólo como regla mayoritaria. Esta regla, conoce, sin embargo, el límite de los principios y debe, por tanto, ser controlada según la dialéctica entre la democracia y el constitucionalismo. Los penalistas académicos se ven a sí mismos como intérpretes de un derecho penal elitista de principios, gestionados por una minoría de expertos que pueden dictar leyes superiores a cada parlamento. Las cosas, empero, no están exactamente en estos términos, porque los principios son indisponibles sólo en su núcleo, pero pueden ser realizados políticamente de modo bastante diferente; la misma construcción de los principios es compatible con muchos códigos penales, no impone uno solo. Aquí hay, por tanto, un espacio muy amplio de dialéctica «democrática» en la concreción de estos principios. Esta dialéctica viene hoy regulada en medio de *concesiones no puramente mayoritarias, pero discursivas y dialógicas de la democracia* (11): ocurre que las elecciones sobre el castigo son debatidas en el más amplio contexto de la información, porque deben ser motivables o motivadas según los caminos de la razón pública. Ellas no son el coto de caza de unas pocas *élites* de expertos en principios que carecen de responsabilidad política.

(11) Las concesiones dialógicas y procesal-discursivas, a veces en formas deliberativas, de la democracia son numerosas y se insertan en debates muy variados en su interior. Señalo, sólo para una primera profundización, a J. COHEN, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, 17 ss.; ídem, *Procedure and Substance in Deliberative Democracy*, 95 ss.; HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (1992), tr. it., 341 ss., 359 ss.; NINO, *The Constitution of Deliberative Democracy*, 107 ss.; WALDRON, *The Dignity of Legislation* (1999), tr. it., 177 ss.; FISHKIN, *Democracy and Deliberation, passim*; GIDDENS, *Beyond Left and Right, passim*. Cfr. también RAWLS, *The Idea of Public Reason Revisited* (1997), 579 s. Un cuadro sintético de las voces a favor y en contra de tales formulaciones en G. SCHMIDT, *Demokratiethorien*³, 251 ss., 261 ss. Para una esquematización de los requisitos institucionales del modelo de democracia consensual como contrapuesto al modelo «Westminster» (o mayoritario) cfr. LIJPHART, *Patterns of Democracy* (1999), tr. it., 51 ss.

Una positiva relación entre derecho penal y democracia, por tanto, *estaría determinada* por la posibilidad de un control *in fieri, ex ante* y *ex post*, sobre las decisiones de la mayoría, en cuanto éstas sean asumidas a la luz de la plena información a la opinión pública: información sobre los datos *in input*, sobre las razones que están en la base de la ley, sobre los motivos y el análisis jurídico-social en virtud del cual se considera insuficiente la protección extrapenal, sobre la previsión de las consecuencias que la norma se fija; y luego información *in output*, sobre los resultados de la aplicación de la norma.

Un verdadero control de tales premisas epistemológicas del proyecto legislativo son posibles sólo si se exige *la motivación de las leyes penales*, como ocurre en Europa, por ejemplo, respecto de las normas de la Unión Europea. Si se requiriese una motivación no sólo sobre los objetivos, sino sobre la base epistemológica que justifica la elección de la sanción penal y sus fines (delito por delito), la comparación entre los límites *legales* de una pena respecto a la otra, etc., se obligaría al legislador a una actividad, en definitiva, no necesariamente más racional, pero sí más verificable.

La reserva de ley, en este punto, no sería la garantía formal del respeto de una regla mayoritaria y de la proveniencia de la regla de un órgano político cualificado, sino que sería una reserva en sentido más sustancial: el respeto de un procedimiento que garantice el conocimiento y la información del proyecto legislativo.

Así, en la medida que el sistema pueda evolucionar en esta dirección, que es *la única que pueda volver más justiciable* la extrema ratio, el intérprete y el poder judicial podrían ya, hoy en día, aumentar las pretensiones de racionalidad de la ley, a través de la verificación de constitucionalidad que es impuesta en los *sistemas de control de constitucionalidad concentrado* (no «difuso», sino) *incidental*, esto es, promovido por cualquier juez en el curso de un procedimiento jurisdiccional), pero es necesario *también en los sistemas de control preventivo*, en cuanto se mantiene el deber de una interpretación conforme con los principios constitucionales y los principios jurídicos internacionales vinculantes.

La aproximación constitucional al derecho penal *supone y legitima* (pero no necesariamente exige) *un juicio muy valorativo*, que pondera muchísimo, porque debe (en hipótesis) controlar cada ley e interpretarla a la luz de principios superiores. (12) Este modelo, por tanto, *se opone a aquel de un juez-burócrata*, que impone al pie de la

(12) Cfr. lo observado en DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico*, en ídem, *Alla ricerca di un disegno*, 17.

letra programas condicionales (dado «a» se debe aplicar «b»), *pero no significa, por aquello que habíamos dicho anteriormente, la superación de la división de los poderes.*

Aquella superación, en primer lugar, no puede acontecer cuando el juez se limita a decidir un caso, sin pretensiones de expresar interpretaciones universales y generalizantes. En efecto, *tarea institucional del juez*, sea que «interprete» o que «aplique» una norma, no es aportar hermenéutica general que se adapten a *todos los casos*, o *clasificaciones completas* de casos –esto, más bien, es tarea de la doctrina (o elección personal del magistrado que «hace doctrina»)– sino aplicar disposiciones generales a casos particulares, precisando, mediante construcciones normativas más específicas o concretas, grupos o tipologías de «*subsupuestos de hecho*» que, globalmente, enriquezcan la interpretación de la ley, ya sea en términos de generalizaciones conceptuales, o también *sosteniendo* en estas últimas una dimensión declarada de *tópica jurídica* (13). Cuando se limita a realizar aquello, el juez no puede jamás invadir las competencias legislativas, pues por el contrario, es propiamente la ley la que no es competente para decidir los casos.

Es verdad, sin embargo, que un sistema de *civil law*, de derecho codificado, la aplicación de la ley comporta siempre una interpretación y cuanto más se tiende a reconducir el caso a la regla, en vez de de la regla al caso, se optará por una lectura generalizadora de la norma. Es aquí que, en los casos difíciles, la discrecionalidad hermenéutica aumenta, integrando las funciones del legislador.

La división de los poderes es superada de hecho, cuando el legislador abdica a opciones claras de política penal con leyes indeterminadas, o cuando su omisión requiere intervenciones de «suplencia judicial». La reserva de ley no es violada, sin embargo, por la aplicación de los principios constitucionales en los espacios legítimos de la hermenéutica, sea en los casos difíciles, sea en la reconstrucción del sistema en general (también respecto de los casos aparentemente fáciles).

Cierto: muchos casos son fáciles, pero su disciplina es inconstitucional, en el sentido que la ley es clara y no se puede «superar» por vía interpretativa, no cabe «reinterpretarla»: requeriría sólo su reforma o una declaración de ilegitimidad. Si no existe un control difuso o incidental, sino sólo *ex ante*, de legitimidad, estos casos no son por regla

(13) Por todos, VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, tr. it., *passim*; ídem, *Ideologie und Rechtsdogmatik*, 85 ss.; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, 181 ss.

general de competencia del juez, quien debe aplicar una norma inválida, pero vigente.

Por este motivo, me parece preferible un control de constitucionalidad incidental a uno de carácter anticipado, porque admite que el juzgador, más allá de la interpretación constitucional, pueda dirigirse directamente ante el Tribunal Constitucional cuando la interpretación no basta. No sé en qué medida las potencialidades del recurso de legitimidad incidental estén absorbidas en los poderes del recurso de amparo constitucional, propio de los ordenamientos que conocen este instrumento.

Hacia la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado*

Traducción de una concepción personal de lo injusto
en términos de imputación

FERNANDO GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO

Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. Aproximación al problema.–II. Observaciones críticas sobre el modelo de desarrollo de la teoría de la imputación objetiva del resultado.–III. Esbozo de un criterio de imputación personal: hacia una teoría de la imputación personal del resultado.–IV. Aplicación del modelo propuesto.–V. Anotación final.

La concepción que subyace a las siguientes reflexiones entiende el resultado como elemento que integra –aunque no siempre constituye– el contenido de injusto sobre el que se sustenta la pena en estos delitos (1).

* Este trabajo fue elaborado durante una estancia de investigación realizada entre los meses de julio y septiembre de 2004 en el Instituto de Ciencia Criminal de la Universidad de Colonia, y es deudor de los comentarios y sugerencias realizados por los Profesores Doctores Hans Joachim Hirsch, Susanne Walther y Thomas Weigend, a quienes reitero mi agradecimiento.

(1) Así, véase CEREZO MIR, José: «La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del Derecho Penal española», en *Problemas fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 125-8; el mismo, *Curso de Derecho Penal español. Parte General II. Teoría Jurídica del delito*, 6.^a ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 186-8. También, SOLA RECHE, Esteban: *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, Comares, Granada, 1996, pp. 108 y ss. En la doctrina alemana, por ejemplo, FRISCH, Wolfgang: *Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller, Heidelberg, 1988, pp. 513 y ss., donde expone, pp. 516 y ss., distintas hipótesis sobre las que asentar la desvaloración y función del resultado. Para más referencias bibliográficas, SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada, 2004, capítulo sexto, apartado A, II, 1, d).

En relación con las concepciones monistas, críticamente, véase GIMBERNAT ORDEIG, Enriqué: Prólogo a Alcácer Guirao, Rafael: *La tentativa inidónea. Funda-*

Sobre esta comprensión se asienta la crítica y ulterior desarrollo que se propone para el juicio de atribución de resultados lesivos, esto es, la teoría de la imputación objetiva en sentido estricto, y se entiende necesaria una superación de las concepciones objetivas imperantes (2). Desde el momento en que el resultado es concebido como elemento integrante –constitutivo o no– de lo injusto la clave de la imputación objetiva del resultado no se puede ubicar unilateralmente en su carácter objetivamente previsible o en la ratio de su introducción y función en los distintos tipos penales (3), sino también, y al menos en la misma medida, en la concepción que se sustente de lo injusto y sus razones de imputación.

I. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA

De las diferentes acepciones que en la actualidad se atribuyen al concepto de imputación objetiva, posiblemente, la más usual –aún– sea aquella que hace referencia a ciertos criterios empleados en el juicio sobre la atribución de resultados lesivos. La teoría de la imputación objetiva se entiende, en este sentido, como una categoría dogmática que permite valorar la procedencia o no de la imputación al actor del concreto resultado de lesión producido (4). Se trata de un instituto

mento de punición y configuración del injusto, Comares, Granada, 2000, pp. XV y ss.

(2) Con carácter general, señalando la necesidad de erigir el juicio de atribución de resultados sobre sus razones normativas, véase FRISCH, Wolfgang: *Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, cit. nota 1, pp. VII y s., 509, 511, 518 y ss.

(3) Como, sin embargo, unilateralmente propone FRISCH, Wolfgang: *Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, cit. nota 1, p. 511.

(4) Así, por ejemplo, véase CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, cit. nota 1, pp. 106 y ss., y especialmente, en relación con los hechos imprudentes, pp. 179 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: «Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de lo injusto», en *Derecho penal de la circulación*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 36, 37 y 39, señalando, en este último lugar, que esta categoría permite establecer «mediante determinados criterios extraídos de la interpretación de la esencia y función del tipo de injusto» cuando «desde el punto de vista jurídicopenal [...] un resultado es objetivamente atribuible, imputable a una acción»; el mismo: «Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales» en *Derecho penal de la circulación*, cit. nota 4, p. 92 nota 8; más recientemente, el mismo: *Curso de Derecho Penal. Parte general I*, Universitas, Madrid, 1996, p. 376; RUEDA MARTÍN, María Ángeles: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos*

de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto), J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 353 y 444, por ejemplo. También BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas)», Estudios penales y criminológicos, XII, 1989, pp. 138 y 144. En la doctrina alemana, por ejemplo, véase FRISCH, Wolfgang: *Tatbeständmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, cit. nota 1, p. VII, hablando de la teoría de la imputación del resultado en sentido estricto; el mismo: *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995, p. 107, para quien esta cuestión constituye el «primigenio y genuino círculo de problemas de la teoría de la imputación»; el mismo: «Zum gegenwärtigen Stand der objektiven Zurechnungslehre», *GA*, 2003/10, p. 722; JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, pp. 286 y ss.; PUPPE, Ingeborg: *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales* (trad. castellana de Percy García Caverro), Comares, Granada, 2001, p. 3, quien habla, igualmente, de imputación objetiva en sentido estricto.

Para una concepción más amplia de esta teoría, principalmente, véase WOLTER, Jürgen: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, *passim*; más recientemente, el mismo: «La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal», en Enrique Gimbernat, Bernd Schünemann y Jürgen Wolter (edit.): *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Servicio de Publicación de la Universidad Complutense, Madrid, 1994, pp. 68 y ss. En nuestra doctrina, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «¿Qué es la imputación objetiva?», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 215 y s. También, ANARTE BORRALLO, Enrique: *Causalidad e imputación objetiva en Derecho Penal. Estructura, relaciones y perspectivas*, Universidad de Huelva, 2002, p. 143, tratando de responder a la crítica de FRISCH, y pp. 203 y ss., especialmente, pp. 371 y s.; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 293 y ss. (no obstante, posteriormente, véase de la misma autora: «Imputación objetiva en el delito imprudente», CDJ, Causalidad e imputación objetiva, 1994, p. 49); MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pp. 45, 47, 61 y ss.; REYES ALVARADO, Yesid: «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1992, pp. 959 y ss.; el mismo: «Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung», *ZStW*, 105, (1993), pp. 128 y ss.; TORÍO LÓPEZ, Ángel: «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1986, pp. 34 y ss., y especialmente pp. 41 y ss. Más recientemente, MIR PUIG, Santiago: «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», *RECPC*, 05-05 (2003), apartados II y III, si bien criticando la tendencia a equiparar esta categoría con la imputación de la parte objetiva del tipo. En sentido contrario a estas interpretaciones, FRISCH, Wolfgang: *Tatbeständmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, cit. nota 1, pp. V y ss., 7 y s., 37 y ss., 41 y ss., 66 y ss., 508, 512 y ss.; el mismo: *Tipo penal e imputación objetiva*, cit. nota 4, pp. 102 y ss.; el mismo: «Zum gegenwärtigen Stand der objektiven Zurechnungslehre», cit. nota 4, pp. 733 y ss. y, en relación con estas últimas concepciones extensivas de la categoría, pp. 739 y ss. En nuestra doctrina, en esta última línea, también, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad*

o categoría dogmática que se ubica en el tipo, por lo general, en el tipo objetivo (5). Y que permite valorar la atribución o no de desvalor, concretamente, de desvalor –típico– de resultado. Sin embargo, pese a que su objeto consiste en imputar injusto, en decidir sobre la concurrencia o no del desvalor de resultado, su desarrollo doctrinal nunca se ha orientado a fundamentar y argumentar positivamente por qué –esto es, las concretas razones materiales de– tal juicio de imputación, simplemente se ha tratado de delimitar o restringir el ámbito de los sucesos imputables o desvalorables –mediante criterios como la previsibilidad objetiva, etc.– frente al mero azar.

Esta orientación unilateral de la teoría de la imputación del resultado hacia los problemas de delimitación –frente a los de fundamento– explica también, que, pese a la concepción imperante de lo injusto, se haya obviado en su configuración estructural y desarrollo que toda atribución de injusto –también del desvalor de resultado– presupone su explicación como injusto personal. Por tanto, imposible de explicar unilateralmente mediante criterios estrictamente objetivos –y *despersonalizados*– como la previsibilidad objetiva, incremento del riesgo o el ámbito de protección de la norma, por poner tres ejemplos (6). Puesto que si se trata de imputar injusto, también es preciso analizar la procedencia de la imputación del resultado –en cuanto

penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado», J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 215 y ss.; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: Curso de Derecho Penal. Parte general I, cit. núm. 4, pp. 387 y s.; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas), Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, pp. 49 y ss.; RUEDA MARTÍN, María Ángeles: La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, cit. núm. 4, pp. 349 y ss., 443 y s., con más referencias bibliográficas en pp. 351 y s. Relativizando la importancia de esta discusión, SCHÜNEMANN, Bernd: «Über die objektive Zurechnung», GA, 1999/5, p. 216.

No obstante, sobre esta cuestión también véase KAUFMANN, Armin: «Objektive Zurechnung» «beim Vorsatzdelikt?», en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, pp. 251 y ss., especialmente pp. 258 y ss. Y más recientemente, HIRSCH, Hans Joachim: «Zur Lehre von der objektiven Zurechnung», en *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 1998, pp. 127 y ss., y en relación con la crítica realizada por FRISCH, p. 142 núm. 66; KORIATH, Heinz: *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, pp. 524 ss. y 534 ss.

(5) De otra opinión, por ejemplo, véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan: «Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas)», cit. nota 4, pp. 114 y ss., quien opta por situar este instituto en la antijuridicidad.

(6) Así, véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «¿Qué es la imputación objetiva?», cit. nota 4, pp. 212 y s. Más recientemente, también, FRISCH, Wolfgang: «Zum gegenwärtigen Stand der objektiven Zurechnungslehre», cit. nota 4, pp. 722 y s.

injusto— como injusto personal, esto es, reconducible también en tales términos a la persona del autor.

En el presente trabajo se pretende, ante todo, mostrar como prolegómeno a una discusión —que entiendo cada vez más— urgente en nuestra disciplina, la necesidad de desarrollar y superar las actuales concepciones existentes sobre el juicio de atribución de resultados lesivos. En este sentido, considero que no debe existir una teoría de la imputación objetiva o subjetiva del resultado, sino simplemente una teoría personal que integre los criterios objetivos que ha venido proponiendo la comprensión mayoritaria con elementos de carácter personal —subjetivo o normativo— que sustenten materialmente la atribución del resultado como injusto del actor. Se pretende también, aunque en un segundo plano, aproximar —sistemáticamente y— en mayor medida diferentes juicios de atribución presentes en la teoría jurídica del delito, y es que no es concebible que los diferentes juicios de atribución de lo injusto, principalmente, el juicio de imputación recíproca —que subyace y determina de forma decisiva la configuración del instituto de la coautoría— y la imputación objetiva en sentido estricto, sean tratados como cuestiones absolutamente independientes cuando muestran identidad de objeto: lo injusto, y —debieran mostrar, sino absoluta coincidencia, cuando menos— proximidad de razones materiales.

La investigación se presenta estructurada en tres partes. Primero comienzo, muy resumidamente y de forma crítica, con la exposición de algunos de los principales criterios propuestos por la doctrina para el juicio de atribución de resultados (II). No se trata —ni es posible aquí— de explicar las diferentes teorías existentes en todos sus detalles (7), tampoco de someterlas a una crítica frontal y profunda. En esta primera parte, persigo únicamente evidenciar que la teoría de la imputación del resultado, ya desde sus primeras formulaciones, se configura unilateralmente como un juicio de delimitación, no de fundamento, cuya estructura y contenido se ha desarrollado siempre desde perspectivas objetivas, o con otras palabras, perspectivas que no han tenido presente de modo suficiente que su objeto de imputación, en cuanto componente de lo injusto, a partir de un determinado momento dogmático constituye injusto personal, en consecuencia, debe reconducirse, también en dichos términos, a la persona del autor. En segundo lugar, y una vez expuestas las carencias señaladas, se trata de esbozar una posible vía —más que una propuesta concreta y perfilada— de solución

(7) Para ello véase RUEDA MARTÍN, María Ángeles: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, cit. nota 4, *passim*.

mediante la presentación –para su discusión– de un ulterior criterio, en principio complementario a los tradicionales parámetros de carácter objetivo, que nos permita valorar en el juicio de atribución de resultados la procedencia o no de su imputación –atribución personal, según se propone– al autor según la perspectiva aquí apuntada (III), es decir, determinar –con anterioridad o una vez establecida la relación objetiva de riesgo, luego se verá– si el resultado es concebible como injusto personal del actor. Y finalmente, se concluye mostrando algunas consecuencias prácticas de la perspectiva propuesta (IV).

II. OBSERVACIONES CRÍTICAS SOBRE EL MODELO DE DESARROLLO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva en el sentido aquí referido, esto es, en cuanto filtro teleológico diferenciado y ulterior a la causalidad que tiene lugar en el juicio de atribución del resultado, nace para nuestra disciplina en el año 1930 en Alemania. Un penalista alemán llamado Richard Honig, sobre un importante trabajo del civilista hegeliano Karl Larenz, encontró en esta nueva categoría dogmática una salida satisfactoria al laberinto que se había generado en el plano de la causalidad (8). Honig, a través de la categoría de la imputación objetiva, propone separar el problema de la causalidad de la cuestión –estrictamente– normativa referente a la valoración jurídico-penal que merece la concreta relación de causalidad existente entre una conducta típica y el resultado de lesión subsiguiente. Para resolver este último grupo de problemas, la valoración jurídico-penal

(8) Véase HONIG, Richard: «Kausalität und objektive Zurechnung», en *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag. Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. I*, 1930, reimpr. de 1969, Scientia, Aalen, pp. 174 y ss., especialmente, pp. 179 y s. En esta misma línea señalaba ya LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig, 1927, pp. VII y s., «die objektive Zurechnung, die Abgrenzung der eigenen Tat vom zufälligen Geschehen, wird von der gegenwärtigen Rechtswissenschaft fast ausschließlich unter dem naturalistischen Gesichtspunkt der Kausalität gesehen. Demgegenüber wird hier versucht, im Anschluß an die Lehren des kritischen Idealismus und besonders an Hegels Zurechnungslehre den teleologischen Charakter der objektiven Zurechnung und der damit zusammenhängenden Begriffe, [...] zu erweisen und zu zeigen, wie sie im ethisch-teleologischen Charakter des Rechts ihre Begründung finden»; en el mismo sentido, ampliamente, pp. 61 y ss. Sobre el planteamiento dogmático de este último autor, con carácter general, véase ult. cit., pp. V y ss.

de los cursos causales, Honig propone realizar un juicio de imputación a partir del ámbito –objetivamente– posible a la voluntad del sujeto, presentando la «*perseguibilidad objetiva*» o –quizá, de forma más correcta– la susceptibilidad objetiva de ser adoptado como fin («*objektive Zweckhaftigkeit*») como criterio para determinar la imputabilidad a un actor de un resultado lesivo y la delimitación de estos sucesos imputables frente a las consecuencias de carácter fortuito (9).

Ya desde sus formulaciones originarias, se advierte que la teoría de la imputación objetiva del resultado –y con ello el juicio de atribución sobre las consecuencias lesivas del comportamiento delictivo– es concebido como un juicio de delimitación –obviándose toda cuestión referente al fundamento– de carácter estrictamente objetivo que versa sobre las relaciones existentes entre el concreto comportamiento del actor y el resultado de lesión subsiguiente (10). Se pre-

(9) Expresamente, apunta HONIG, Richard: «Kausalität und objektive Zurechnung», cit. nota 8, pp. 183 y s., «da gerade das zweckhafte Eingreifen in die Naturvorgänge das Wesen des menschlichen Verhaltens ausmacht, ist objektive Zweckhaftigkeit das Kriterium für die Zurechenbarkeit eines Erfolges und damit auch für seine Abgrenzung vom zufälligen Ereignis. Zurechenbar ist demnach derjenige Erfolg, welcher als zweckhaft gesetzt gedacht werden kann». En el mismo sentido, señala, p. 185, que «dieses Urteil nicht auf dem aktuellen Wissen und Wollen des Täters beruht, so doch auf seinen potentiellen – intellektuellen und psysischen – Fähigkeiten. Maßgebend ist ob der Täter durch sein Verhalten im Zusammenwirken mit den außerhalb seiner selbst gelegenen Faktoren auf den Erfolgeintritt bzw. die Erfolgsabwendung überhaupt hinwirken konnte». En un sentido próximo, señalaba ya LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, cit. nota 8, p. 68, que se trata no de «die Möglichkeit eines bestimmten Kausalverlaufs, sondern die seiner Beherrschung durch den Willen»; en relación con los comportamientos omisivos, véanse pp. 86 y ss.; sobre el fundamento de su postura, pp. 80 y s. Críticamente con la comprensión de HEGEL, también, véase LARENZ, Karl: op. cit., pp. 52 s. y 76 y s., no obstante, igualmente, véase p. 55. Para una amplia exposición de la construcción de LARENZ, véase KORIATH, Heinz: *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, cit. nota 4, pp. 116 y ss., y en sentido crítico, 141 y s.

(10) Expresamente, señala LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, cit. nota 8, p. 51, «die Zurechnung hat es nun mit der Frage zu tun, was einem Subjekt als seine Handlung zuzuschreiben, wofür es verantwortlich zu machen sei. Diese Frage kann zunächst unabhängig von dem rechtlichen oder moralischen Wert der Handlung gestellt werden; ihre Beantwortung erfordert dann kein Werturteil, insbesondere auch keine Berücksichtigung der für die Bewertung der Tat bedeutungsvollen individuellen Eigenschaften des Täters (...), sondern lediglich ein Urteil über einen objektiven Zusammenhang. Dieses Urteil wollen wir die objektive Zurechnung nennen. Sie sagt uns also, ob ein Geschehen Tat eines Subjekts sei». En este sentido, también apunta HONIG, Richard: «Kausalität und objektive Zurechnung», cit. nota 8, p. 185, que la imputación objetiva constituye «nur ein Urteil über die vom objektiven Standpunkt aus zu beurteilende Möglichkeit eines teleologischen Zusammenhanges des Verhalten mit dem Erfolg, über die

senta como una categoría para delimitar y diferenciar los resultados imputables –a título de injusto– de los que no. Sin embargo, más allá de las restricciones y los concretos criterios normativos propuestos por estos autores, se echan en falta argumentos positivos –y personales– que expliquen por qué y sobre qué razones –de carácter personal– procede la imputación a un concreto autor. Según el esquema esbozado por Richard Honig, imputable sólo es aquel resultado –o consecuencia lesiva– que pueda ser pensado por el actor como perseguible (11).

Este primer modelo de configuración de la teoría de la imputación objetiva del resultado hace ya tiempo que puede considerarse como superado. La exposición de las concretas razones esgrimidas en su crítica y las posteriores fases de evolución no son de relevancia para el desarrollo de la presente investigación (12). Aquí, por el contrario, la formulación de Honig interesa porque en ella se recoge implícitamente un modelo de juicio –de imputación– cuya estructura e insuficiencias se encuentran presentes en todas las diferentes teorías y criterios que se han propuesto desde entonces para explicar y fundamentar el juicio de atribución del –desvalor de– resultado. La teoría de la imputación objetiva del resultado se encuentra configurada, ya en sus primeros pasos, como un juicio de imputación de injusto de carácter estrictamente objetivo. En concreto, se plantea como un juicio –estrictamente– objetivo que pretende delimitar las consecuencias lesivas imputables a partir de la idea de la susceptibilidad del resultado lesivo de ser adoptado como fin por parte de un actor. Sobre ello asienta Honig la atribución de desvalor de resultado. Sin embargo, este modelo, quizá consecuente con la concepción de lo injusto entonces imperante, plantea hoy una urgente necesidad de superación. Porque desde una concepción personal de lo injusto, la atribución tanto de desvalor de acción como de desvalor de resultado, no puede asentarse en criterios valorativos tendentes a restringir los cursos causales imputables. Tampoco en la mera causalidad. Toda imputación de

Erreichbarkeit oder Abwendbarkeit des Erfolges für jemanden, der in der in Betracht kommenden Situation steht». Ampliamente, sobre la construcción de este penalista, RUEDA MARTÍN, María Ángeles: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, cit. nota 4, pp. 81 ss.

(11) Expresamente, v. HONIG, Richard: «Kausalität und objektive Zurechnung», cit. nota 8, pp. 184, 186, 188 y 192, por ejemplo.

(12) Para ello, ampliamente, véase RUEDA MARTÍN, María Ángeles: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, cit. nota 4, pp. 81 ss.

injusto debe asentarse sobre razones positivas, y más concretamente, sobre razones personales (13).

Con independencia de la controversia todavía existente sobre el concreto carácter de los elementos constitutivos –y/o conformadores– de lo injusto, existe cierto consenso en lo que respecta a su carácter personal. También sobre su definición: injusto personal es injusto de –esto es, atribuible a– una persona (14). En consecuencia, sus juicios de atribución –sea de desvalor de acción o de resultado– sólo pueden asentarse sobre momentos positivos y explicativos de tal naturaleza, no sobre unos criterios valorativos que –a lo sumo– ayudan a deslindar los cursos causales disvaliosos de los considerables como azar.

Según el modelo de Honig, la imputación de un resultado lesivo se asienta sobre la susceptibilidad –objetiva– de ser perseguido por la voluntad del sujeto. En concreto, señala esta penalista, que los resultados imputables deben limitarse a aquellos que pueden ser pensados por el actor como perseguibles (15). Se observa en su construcción la idea de «previsibilidad objetiva», y con ello cierta proximidad con la teoría de la causalidad adecuada, pero entrelazada con la idea «dominio». Sobre ambos pilares sustenta su formulación del juicio de imputación de resultados. La principal deficiencia de esta formulación es, como se ha avanzado, de carácter estructural: la apreciación de una relación de naturaleza –insisto, estrictamente– objetiva entre el comportamiento típico y el resultado no puede justificar sin más su imputación a un actor. El hecho de que un resultado –por ejemplo, la muerte de A– anudado causalmente a un comportamiento típico –el disparo de B– pudiera ser pensado como realizable o alcanzable por parte de este último en el momento de la acción no constituye un argumento suficiente para justificar su imputación. Se obvia una argumentación positiva –sobre el fundamento de tal juicio– ineludible. Porque

(13) En esta línea, señalando la necesidad de personalizar e individualizar en distintos aspectos la imputación objetiva a título de injusto, también véase WOLTER, Jürgen: «Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*», en Bernd Schünemann (comp.): *El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*, introducción, trad. y nota de Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 113 ss., y expresamente, véase p. 122.

(14) Así, por ejemplo, véase WOLTER, Jürgen: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, cit. nota 4, p. 153. Anteriormente, también, LAMPE, Ernst Joachim: *Das personale Unrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, p. 208.

(15) HONIG, Richard: «Kausalität und objektive Zurechnung», cit. nota 8, pp. 184 ss. En este sentido también, LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, cit. nota 8, pp. 61 ss., expresamente, p. 63.

tanto en la atribución del resultado, la muerte de A, como de la conducta típica, la acción de disparar, se trata en todo caso de imputación de injusto. En consecuencia, es preciso algo más: explicar que el resultado de lesión constituye efectivamente –no pensable o posible– realización de injusto atribuible al actor. Dicho con otras palabras, para concretar si B debe responder o no por un homicidio consumado, no se debe atender tanto a lo que le era posible en el momento de la acción o cualquier otro tipo de baremos de similar naturaleza, cuanto al hecho de que el resultado de lesión, en cuanto momento integrante de lo injusto, le es íntegra y personalmente imputable. Habrá que atender si el riesgo no tolerado realizado en la muerte de A, esto es, su significado en términos de desvalor, es reconducible –directa o indirectamente, pero en su totalidad– a la persona del actor.

La teoría de la imputación objetiva del resultado, según su modelo de configuración originario, se evidencia ya como una construcción dogmática incompleta. Constituye una teoría que si bien ayuda –con mayor o menor acierto– a determinar cuando un resultado de lesión puede ser –o no– jurídico-penalmente desvalorado (16), frente a las consecuencias lesivas concebibles como azar, carece de criterios y razones materiales sobre las que establecer cuando el mismo es atribuible como injusto a la persona del autor (17). La teoría de la imputación objetiva del resultado obvia, con ello, dos cuestiones trascendentes en el juicio de atribución del –desvalor de– resultado, esto es: cuándo es imputable –no meramente desvalorable– un resultado de lesión y sobre qué razones a la persona del autor o, planteado en otros términos, cuándo el resultado constituye injusto personal.

Las deficiencias señaladas en el modelo de Honig son, según lo argumentado, independientes del concreto criterio de imputación por

(16) En este sentido, expresamente, señala FRISCH, Wolfgang: *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, cit. nota 1, p. 512, como principio rector de la configuración del juicio de atribución del resultado a las razones materiales que llevan al legislador a la introducción de éste –en determinada relación con la conducta típica– como elemento fundamentador o agravatorio de la pena. No obstante, la perspectiva propuesta por este penalista se muestra notoriamente insuficiente. Puesto que permite sustentar y conformar un juicio de desvaloración, pero nunca un juicio de atribución.

(17) Criticando la desatención de los aspectos personales de lo injusto en la teoría de la imputación objetiva, también, véase FRISCH, Wolfgang: *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, cit. nota 1, pp. 526 y s.; el mismo: *Tipo penal e imputación objetiva*, cit. nota 4, pp. 93 s., quien no obstante aboga, pp. 115 s., por el desarrollo de tales aspectos en el marco de la conducta típica y reducir el contenido de la imputación objetiva a una mera –y, a mi juicio, insuficiente– comprobación fáctica de los cursos causales efectivamente realizados.

él propuesto, esto es, la susceptibilidad objetiva del resultado lesivo de ser adoptado –por parte del actor– como finalidad de su actuación. Aunque se trata de un criterio excesivamente amplio y carente de referencias normativas, nuestra crítica se sustenta exclusivamente en la forma en que ha configurado el juicio de atribución del resultado: lo estructura como un juicio de carácter estrictamente objetivo, un juicio que pretende deslindar o delimitar el ámbito de lo imputable, pero no fundamentar materialmente su imputación. De ahí que esta crítica sea extrapolable también a todos los posteriores intentos de explicación de este instituto, dado que la estructura del juicio de atribución del resultado –con independencia del desarrollo y sucesión de los diferentes criterios doctrinales propuestos con posterioridad– ha permanecido invariable. Y ello pese a la evolución en la concepción de lo injusto producida tras la irrupción del finalismo.

Así, por ejemplo, en relación con la teoría del fin de protección de la norma, desarrollada por Gimbernat Ordeig «generalizando para los delitos imprudentes –y también para los dolosos– un criterio establecido en 1888 por véase Kries para determinar cuál era la relación típica entre delito base y resultado cualificante en los delitos cualificados por el resultado» (18), encontramos de nuevo la misma deficiencia estructural que acabamos de señalar en la propuesta de Honig. La teoría del fin de protección de la norma no ofrece una respuesta a la cuestión relativa a la procedencia o no de la imputación al actor del resultado de lesión producido. La construcción de Gimbernat, si bien ofrece un criterio –a mi juicio– idóneo para determinar la (des)valoración jurídico-penal que pueda merecer un resultado de lesión (19), carece de

(18) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Causalidad, omisión e imprudencia», ADPCP, 1994, p. 30, nota 36; EL MISMO: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 171 ss. Ampliamente, sobre las distintas concepciones de esta teoría, de forma crítica, v. RUEDA MARTÍN, María Ángeles: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, cit. nota 4, pp. 360 ss.

(19) En el mismo sentido, por ejemplo, CEREZO MIR, José: «El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos», ADPCP, 1983, pp. 495 y 499; EL MISMO: «El finalismo hoy», ADPCP, 1993, p. 15; más reciente, EL MISMO: *Curso de Derecho Penal español. Parte General II. Teoría Jurídica del Delito*, cit. nota 1, pp. 180 y 183; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, cit. nota 4, pp. 561 ss., con más referencias bibliográficas en núm. 1119; con exhaustivas referencias bibliográficas y jurisprudenciales, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, cit. nota 4, pp. 323 ss.; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte general I*, cit. nota 4, pp. 377, 382 ss.; PUPPE, Ingeborg: *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*,

argumentos y razones materiales sobre los que sustentar la atribución del mismo. Con otras palabras, la idea del fin de protección de la norma puede servir para argumentar por qué un resultado de lesión merece desvaloración jurídico-penal, pero no ofrece una razón que explique por qué tal resultado es atribuible a una persona en cuanto injusto personal. La pertenencia o no de un resultado al conjunto de sucesos lesivos que pretende evitar una norma de cuidado puede ayudarnos a determinar porque el resultado debiera considerarse azar o injusto, pero, en este segundo caso, no nos dice por qué es injusto de – esto es, atribuible a– la persona del autor. De esta forma, la teoría del fin de protección de la norma obvia –también– las cuestiones materiales sobre las que debe sustentarse todo juicio de imputación de resultados. Lo explico con más detalle.

Según Gimbernat Ordeig, la imputación de un resultado lesivo sólo parece razonable cuando –el mismo– pertenece a la clase de resultados que pretende evitar la norma de cuidado infringida por el autor (20). Gimbernat entiende que «las normas que imponen deberes de diligencia los imponen no para impedir un resultado en general, sino uno bien determinado» (21), por tanto, sólo cuando el resultado

cit. nota 4, pp. 81 ss., especialmente, pp. 99 ss., quien atiende, en su concreción, a la idoneidad de la norma para reducir significativamente la frecuencia de daño; ROMEO CASABONA, Carlos María: *El médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa* (Licitud y responsabilidad), Bosch, Barcelona, 1981, pp. 226-8; EL MISMO: *El médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1985, p. 85; EL MISMO: «Los delitos culposos en la reforma penal», ADPCP, 1990, p. 448. Recientemente, también, ANARTE BORRALLÓ, Enrique: *Causalidad e imputación objetiva en Derecho Penal. Estructura, relaciones y perspectivas*, cit. nota 4, pp. 247 s., 276 y ss., 363 s., por ejemplo. En sentido contrario, también véase FRISCH, Wolfgang: *Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, cit. nota 1, pp. 65 ss. Más recientemente, DEGENER, Wilhelm: «Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte», Nomos, Baden-Baden, 2001, *pássim*.

(20) Críticamente, RUEDA MARTÍN, María Ángeles: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, cit. núm. 4, pp. 363 ss., quien entiende, p. 383, que las relaciones que deben establecerse entre los elementos del tipo objetivo para que el hecho sea jurídico-penalmente relevante «deben constatar en la esfera ontológica a través de la imputación cuyo elemento nuclear está constituido por la voluntad... es necesario partir primeramente de un sustrato material en el que hay imputación y, posteriormente, si ese es el suceso que ha sido abarcado por el dolo está desvalorado por la norma el hecho pertenecerá al fin de protección de la norma». En sentido contrario, sin embargo, véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit. nota 18, pp. 117 s. Sobre ello también véase PUPPE, Ingeborg: *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, cit. nota 4, pp. 1 s.

(21) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit. nota 18, pp. 140 s. Para un desarrollo de este criterio en el ámbito

producido por el comportamiento doloso o imprudente es uno de los que se quería evitar con el establecimiento de las respectivas normas de cuidado cabe apreciar su responsabilidad y, en concreto, en relación con los delitos dolosos, por delito consumado (22). Ilustrado con un ejemplo: «el conductor de un automóvil circula, imprudentemente, por el lado izquierdo de la carretera. Un niño, que va a recoger una pelota que se halla en dicho lado izquierdo, se le cruza de repente, siendo atropellado y muerto. Si el conductor hubiese obrado prudentemente —es decir, si hubiese conservado el lado derecho— no habría matado al niño, pues éste no habría invadido el lado derecho, ya que la pelota se quedó en el izquierdo» (23). Según el razonamiento de Gimbernat, en este supuesto no es posible condenar al conductor por un homicidio por imprudencia pues la norma de cuidado que ha infringido no se impone en la proximidad de las escuelas y en atención a los menores de edad, sino que se impone de modo completamente general con la finalidad de ordenar la circulación, evitando choques entre los vehículos que circulan en direcciones contrarias y facilitando también la orientación de los peatones mediante la racionalización del tráfico, en ningún caso pretende «impedir la muerte de los niños que inopinadamente van a buscar una pelota que ha ido a parar a la carretera» (24). Por eso, entiende, hay que absolver.

La teoría del fin de protección de la norma evidencia que los riesgos típicos en tanto que son los únicos que se encuentran en la base de elaboración de la normas de cuidado, constituyen el presupuesto

de la responsabilidad por imprudencia, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, cit. nota 4, pp. 324 ss.

(22) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit. nota 18, pp. 146 s.

(23) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit. nota 18, pp. 140 s.

(24) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit. nota 18, p. 142. En el mismo sentido, expresamente, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La imputación objetiva del resultado*, cit. nota 4, pp. 234, 259, 264, 268 ss., por ejemplo; LA MISMA: «¿Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?», en Enrique Gimbernat, Bernd Schünemann y Jürgen Wolter (edit.): *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Servicio de Publicación de la Universidad Complutense, Madrid, 1994, pp. 106 ss. No obstante, véase esta misma autora, *La imputación objetiva del resultado*, cit. nota 4, pp. 365-7. En relación con un supuesto similar, también, v. PUPPE, Ingeborg: *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, cit. nota 4, pp. 104 s.

lógico de su aplicación (25). Hasta ahí merece una valoración positiva (26). Y en general, entiendo que pueden compartirse muchas de las soluciones que ofrece este penalista en sus importantes trabajos. No sólo la propuesta para el anterior ejemplo del conductor. También la solución que ofrece para el caso del guardabarreras que, imprudentemente, no cierra la barrera cuando va a pasar un tren, y un sujeto aprovecha esta situación para suicidarse (27). O el ejemplo del conductor que, en vez de reducir la velocidad a los límites prescritos para las horas de entrada y salida de alumnos, circula a velocidad endiablada y embiste a un suicida que se arroja delante de su vehículo para acabar así con su vida (28). En todos estos supuestos, parece razonable la solución que propone Gimbernat: hay que absolver. Puesto que, como señala este penalista, «las normas que imponen deberes de diligencia los imponen no para impedir un resultado en general, sino uno bien determinado» (29), y en la medida en que las normas infringidas por los actores anteriores no pretenden evitar la muerte de niños que inopinadamente van a buscar una pelota que ha ido a parar al lado izquierdo de la carretera, ni de las personas que voluntariamente deciden poner fin a su vida, parece que no se puede atribuir a ninguno de los actores anteriores el resultado de lesión producido (30).

Sin embargo, a medida que los supuestos planteados van adquiriendo mayor complejidad, se hacen más patentes las insuficiencias de este segundo criterio. Cuando no se trata de suicidas que se arrojan delante de un vehículo o un tren, sino del conocido ejemplo del asesino que «quiere envenenar a su víctima a las siete de la tarde. A las cinco de la tarde va a la farmacia. Lleva una receta del veneno que quiere utilizar que le ha entregado un amigo suyo médico, quien conoce las intenciones del autor. Para no comprometer a su amigo, el asesino está decidido a hacer uso de la receta sólo si el farmacéutico se niega a despacharle el producto. Pero el farmacéutico infringe su deber y vende el preparado venenoso sin exigir presentación de la

(25) Como señala RUEDA MARTÍN, María Ángeles: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, cit. nota 4, p. 385.

(26) No obstante, críticamente, véase FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo: *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, cit. nota 4, pp. 208 ss.

(27) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit. nota 18, p. 141.

(28) *Ibidem*.

(29) *Ibidem*.

(30) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit. nota 18, pp. 141 s.

autorización médica» (31). Entonces, la complicación del proceso lesivo mediante la introducción de diferentes riesgos –y respectivos sujetos competentes– y la procedencia, según Gimbernat, de condenar al farmacéutico que ha infringido el deber de diligencia con independencia de que el autor poseyese una receta, y que tanto la acción imprudente ejecutada por el farmacéutico como la exigencia de la receta hubiesen conducido a la lesión del bien jurídico (32), acentúan la urgencia de ulteriores explicaciones.

Para solucionar este último ejemplo no basta con afirmar que «el farmacéutico responderá... por la muerte... [porque] se comportó imprudentemente y... el resultado que se produjo (envenenamiento doloso, es decir: un uso prohibido del preparado) fue precisamente uno de los que la ley quiso impedir al establecer el deber de vender productos venenosos sólo a los que presentan la correspondiente autorización médica» (33). Porque en este supuesto, el resultado de lesión producido no sólo es consecuencia del comportamiento imprudente del farmacéutico, también del comportamiento doloso del asesino. Del riesgo total desencadenante del resultado sólo una parte es atribuible al primer actor, esto es, al farmacéutico (34). Luego, parece que para afirmar

(31) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit. nota 18, p. 135.

(32) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit. nota 18, pp. 135, 140 y 144.

(33) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit. nota 18, p. 144. En concreto, entiende GIMBERNAT, *op. cit.*, p. 139, que la norma infringida pretende «evitar una administración de la medicina en contra de la *lex artis*, pues si la ley hubiese querido impedir asimismo su aplicación correcta desde el punto de vista científico habría prohibido también su venta con receta». Críticamente, objetándole cierta imprevisibilidad en sus soluciones, señala ULSENHEIMER, Klaus: *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1965, p. 117, que «...läßt sich oft nicht oder zumindest nicht zweifelsfrei der Zweck herausfinden, den der Gesetzgeber bei der Aufstellung eines bestimmten Rechtssatzes vor Augen hatte. So könnte man ... die ratio des Verbotes, gefährliche Medikamente ohne Rezept zu verkaufen, statt wie Gimbernat-Ordeig nur in der Verhütung von Mißbrauch, auch darin sehen, daß ganz generell solche Arzneimittel ohne spezielle ärztliche Autorisation nicht verabfolgt werden dürfen, um den Arzt jederzeit –auch bei wissenschaftlich an sich einwandfreier Verwendung – die Möglichkeit zum Eingriff, etwa bei plötzlich auftretenden Änderungen im Gesundheitszustand des Patienten, zu geben».

(34) Como con razón advierte CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, cit. núm. 4, p. 363, en relación con los supuestos de concurrencia de conductas imprudentes en los que no es viable una estructura de codelinuencia. Si bien no compartimos la solución que propone esta penalista, véanse pp. 362 ss. Sobre ello, con detalle, véase SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guarnate: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. nota 1, capítulo quinto.

responsabilidad penal del mismo por la muerte en la que desemboca el proceso lesivo habrá que explicar previamente por qué le es atribuible en su integridad un resultado de muerte en cuya producción intervino activa y decisivamente otra persona de cuyas intenciones ni siquiera sospechaba. Porque fue el asesino, no el farmacéutico, quien envenenó a la víctima a las siete de la tarde. Por ello, para solucionar este supuesto, y una vez constatado el carácter disvalioso del resultado, parece que habrá que buscar ulteriores componentes personales sobre los que asentar su imputación (35). Sin embargo, este último paso se encuentra aún más allá de la actual configuración –unilateral y objetiva– de la teoría de la imputación del resultado.

La mayor urgencia en la búsqueda de razones personales sobre las que asentar la imputación del resultado se explica, en relación con este último ejemplo, por la complicación del proceso lesivo. En algunos de los supuestos anteriores, cuando concurre un único actor imprudente, se aprecia implícitamente una de las posibles razones –personales– sobre las que asentar su imputación o atribución personal al autor: el resultado constituye única y exclusivamente realización del riesgo antijurídico generado por el autor. Por eso, si se entiende que el resultado es de aquellos de los que pretende evitar la norma de cuidado infringida, podría parecer razonable su imputación. Sin embargo, cuando concurren riesgos de diferente procedencia, urge señalar razones adicionales sobre las que asentar la imputación al autor de los riesgos –es decir, de su realización como lesión– originados por terceros. Pero sobre esta cuestión nos detendremos con posterioridad.

Estas mismas razones impiden aceptar las soluciones que ofrece Feijóo Sánchez para el ejemplo del conductor que «supera los límites de velocidad y otro se salta un ceda el paso provocando un accidente», o para el supuesto del atropello del niño de cinco años al que «han contribuido causalmente no sólo la infracción de deberes por parte del conductor que atropella, sino también por parte de la persona encargada de custodiar y vigilar al niño» (36). Porque la más

(35) De otra opinión, aparentemente, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La imputación objetiva del resultado*, cit. nota 4, p. 264, quien entiende que en estos casos de concurrencia de riesgos únicamente se trata de demostrar «que el resultado es el reflejo del desvalor de la acción...», de demostrar si el riesgo que se ha materializado en el resultado es de aquellos que la norma lesionada tenía por finalidad evitar». En la doctrina alemana, por ejemplo, véase WOLTER, Jürgen: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, cit. nota 4, p. 50. Una perspectiva distinta apunta PUPPE, Ingeborg: *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, cit. nota 4, pp. 8 s.

(36) FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, cit. nota 4, p. 328.

plausible de las tres soluciones que ofrece este penalista, la de la imputación del resultado a la conducta de ambas personas (37), requiere una previa explicación de los aspectos antes señalados, esto es, porque la muerte del niño, pese a la concurrencia en su producción de riesgos de distinta procedencia, constituye injusto personal tanto del conductor como de la persona encargada de su vigilancia, siguiendo con este último ejemplo. Si Feijóo pretende convencer, además de (des)valorar la relación causal existente entre los comportamientos imprudentes y el resultado lesivo conforme a los tradicionales criterios objetivos de imputación, deberá señalar primero los momentos personales sobre los que se asienta la íntegra imputación a ambos actores del resultado de lesión producido.

Razonamientos que invitan a «acudir al riesgo creado o no evitado imprudentemente para poder explicar (total o parcialmente) el proceso lesivo que ha conducido al resultado» (38) deben rechazarse de antemano. Puesto que la responsabilidad por un hecho consumado presupone que éste, el resultado lesivo, se ha imputado de forma unitaria e íntegra a la persona del autor. Luego, debe constituir –obviamente– en su integridad injusto personal. En términos jurídico-penales el 80 por 100 –del desvalor de resultado– de un homicidio quizá pueda calificarse como tentativa de tal delito o/y como un delito de lesiones, o con otras palabras: como un hecho que no supera el umbral de desvalor –de resultado– de un homicidio en grado de consumación. Ahora bien, si se trata de responsabilidad por hechos consumados no puede bastar con explicaciones parciales. El resultado lesivo debe ser íntegramente atribuible al autor, y aquella magnitud de injusto que no se explique a través de la propia actuación del primer conductor, sino a través de la que realiza quien se salta la señal de ceda el paso o la persona encargada de la vigilancia del menor, le debe ser –igual y– personalmente atribuible.

Esta configuración del juicio de atribución del resultado lesivo no debe extrapolarse sin más a otros sectores del ordenamiento jurídico. La imputación jurídico-penal de un resultado lesivo, en cuanto fundamento de castigo por un delito consumado, exige una atribución de lo injusto típico –materiali-

(37) Frente a la atribución unilateral del mismo a la persona lesionada o la que causa la lesión, véase FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, cit. nota 4, p. 328.

(38) Como señala FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, cit. nota 4, p. 325.

zado en forma de lesión— estrictamente personal. También, como señala Schünemann, presupone un juicio sobre la idoneidad preventiva de su desvaloración (39). En cuanto al concreto objeto de imputación, la subsunción de un proceso lesivo en el delito de homicidio —sin acudir a la cláusula de la tentativa— precisa en todo caso de la íntegra atribución del resultado típico, esto es, del resultado de muerte, al actor. Sólo entonces se entra en el ámbito del delito de homicidio. Una imputación porcentual —inferior al 100 por 100, por ejemplo, del 40 por 100— de un resultado de muerte —suponiendo que sea determinable— podrá subsumirse en un delito de lesiones, si procede. Ahora bien, impide la apreciación de un homicidio —doloso o imprudente— en grado de consumación. Por el contrario, en el ámbito civil, particularmente en materia de responsabilidad extracontractual, no se trata de atribuir magnitudes típicas de desvalor, simplemente se trata de indemnizar daños que no se considera justo que el perjudicado soporte. Luego si el perjudicado u otro tercero contribuyen en la producción del daño, no se aprecian grandes inconvenientes para que el mismo se cuantifique económicamente y se atribuya al autor aquella parte de los daños que, se entiende, no debe soportar el perjudicado en función de la importancia de su intervención. Por ejemplo, si al comportamiento imprudente de un primer actor «se une, en la producción del resultado, la actuación imprudente de la víctima, de forma que las dos actuaciones (empresario y víctima) determinan la producción del resultado fatal, por lo que se está en el supuesto, generalmente conocido en el foro por concurrencia de culpas, concurrencia de actuaciones culposas, de importancia decisiva para la determinación de la cuantía de la indemnización», entonces, puede resultar procedente reducir en un tercio la indemnización reclamada por el perjudicado, como se hace en la STS de 25 de mayo de 2003 (40). Sin embargo, en materia penal, si se entiende que el resultado lesivo es atribuible en un tercio a la víctima, y los riesgos generados por ésta no son en absoluto reconducibles a la persona del autor, ello impedirá la imputación —íntegra— del resultado lesivo y, en consecuencia, que se aprecie consumación (41).

La teoría del fin de protección de la norma, aunque permite determinar cuando un resultado de lesión debe ser objeto de (des)valoración

(39) SCHÜNEMANN, Bernd: «Über die objektive Zurechnung», cit. nota 4, pp. 214 ss. Desde la perspectiva del principio de subsidiariedad señala la diferencia frente a los juicios de atribución en el Derecho Privado, ANARTE BORRALLÓ, Enrique: *Causalidad e imputación objetiva en Derecho Penal. Estructura, relaciones y perspectivas*, cit. nota 4, pp. 78 s. Señalando ya la diferente conformación de los juicios de atribución y su necesaria y mayor personalización en el Derecho Penal frente al Derecho privado, también, véase LARENZ, Karl: *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, cit. nota 8, pp. 98 ss.

(40) A. 3930. En el mismo sentido, por ejemplo, véase STS de 2 de diciembre de 2002 (A. 22); STS de 29 de abril de 2003 (A. 4535).

(41) Sobre estas y otras cuestiones, en nuestra civilística, véase PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual», en Carlos María Romeo Casabona (ed.): *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1993, pp. 245 ss., con más referencias bibliográficas en p. 254.

jurídico-penal o, con otras palabras, cuando debe entenderse –jurídicamente– como consecuencia de una acción antijurídica y no como producto del azar, no ofrece razones materiales sobre las que establecer cuando el mismo es atribuible como injusto a la persona del autor. Esta construcción presenta como criterio de atribución lo que, en realidad, y según sus componentes estructurales, no puede ser más que un criterio de (des)valoración y delimitación. Con independencia de la mayor o menor idoneidad de los concretos criterios de imputación, la teoría de la imputación objetiva del resultado, como juicio de atribución de injusto, conserva aún la estructura presente en los planteamientos de Honig: se sigue resolviendo la cuestión de la imputación del –desvalor de– resultado mediante un juicio de carácter estrictamente objetivo, mediante la constatación de relaciones de naturaleza objetiva –sobre baremos del mismo carácter: susceptibilidad objetiva de ser adoptado como fin, fin de protección de la norma, etc.– entre el comportamiento típico y el resultado de lesión. La imputación del resultado se sigue concibiendo como un juicio de delimitación, no de atribución, donde se obvian todas las cuestiones relativas a la procedencia –o no– y razones de imputación. Sin embargo, tal proceder debió mostrarse insuficiente, especialmente, desde el momento en que lo injusto se concibe como injusto personal. Porque, desde entonces, toda imputación de injusto precisa de momentos concretos de tal carácter que conduzcan al autor.

La necesidad de revisar y desarrollar –mediante la introducción de elementos personales o de vinculación al autor– el juicio de atribución de resultados se ha acentuado, en las últimas décadas, por la creciente implantación de su estructura en la solución de importantes problemas de naturaleza –presumiblemente– causal. Se advierte una tendencia a simplificar los problemas de imputación como problemas de (des)valoración y a prescindir en su solución de argumentos de carácter personal. Un buen y último ejemplo encontramos en la teoría del incremento del riesgo, elaborada por Roxin para la solución de los problemas referentes a los comportamientos alternativos adecuados a Derecho (42).

(42) ROXIN, Claus: «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», ZStW, 74 (1962), pp. 430 y ss.; más recientemente, EL MISMO: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.^a ed., C. H. Beck, München, 1997, 11/72 y ss. Sobre esta problemática, en nuestra doctrina, ampliamente, véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La imputación objetiva del resultado*, cit. nota 4, pp. 193 y ss.; LA MISMA, «¿Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?», cit. nota 24, pp. 100 y ss. Sobre esta propuesta de ROXIN, desde una perspectiva crítica, ampliamente, también véase FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo: *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia*

Como, con razón, se ha advertido en la doctrina, en estos particulares supuestos se replantea, en esencia, «el problema nuclear de la imputación objetiva: la necesidad o no de un nexo específico, más allá de la causalidad, entre lesión del deber de cuidado y resultado» (43). De ahí que no sorprenda que esta última teoría muestre las deficiencias estructurales señaladas en las precedentes construcciones.

La teoría del incremento del riesgo ha sido objeto de importante crítica. Se le ha reprochado desde una más que cuestionable practicabilidad (44), hasta que simplifica la estructura de los tipos imprudentes de resultado mediante la conversión en tipos consumados de sucesos que no debieran superar el estadio de la tentativa (45). Aun cuando

y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado», cit. nota 4, pp. 162 y ss., con amplias referencias bibliográficas en núm. 449.

(43) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: «¿Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?», cit. nota 24, p. 103.

(44) Así, véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos», RDCir, 1965/11-12, p. 675. En el mismo sentido, FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo: *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, cit. nota 4, p. 168; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, cit. nota 4, p. 385; ROMEO CASABONA, Carlos María: *El médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad)*, cit. nota 19, pp. 227 y s., quien advierte que la teoría del incremento del riesgo «no es un procedimiento practicable, puesto que si permitimos de que la conducta es imprudente, habrá superado los límites del riesgo permitido (que se halla dentro del cuidado debido) y necesariamente se habrá aumentado el riesgo en todos los casos». Más recientemente, también, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis: *Teoría del delito imprudente: Doctrina general y regulación legal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 95 y s. En la doctrina alemana, por ejemplo, véase KÜPPER, Georg: *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, pp. 101 y s. En sentido contrario, sin embargo, véase SCHÜNEMANN, Bernd: «Über die objektive Zurechnung», cit. nota 4, pp. 226 y s. Anteriormente, también, WOLTER, Jürgen: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, cit. nota 4, pp. 335 y ss. Con matices, atribuye a esta construcción un papel heurístico o de complemento para determinar el fin de protección de la norma, ANARTE BORRALLO, Enrique: *Causalidad e imputación objetiva en Derecho Penal. Estructura, relaciones y perspectivas*, cit. nota 4, p. 279.

(45) FEIJÓ SÁNCHEZ, Bernardo: *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, cit. nota 4, p. 169. En este sentido, también, CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho Penal español. Parte General II. Teoría Jurídica del delito*, cit. nota 1, p. 182, quien señala, con razón, que «desde una contemplación *ex ante*, toda acción que no responde al cuidado objetivamente debido supone un aumento del riesgo» y que esta teoría transforma, «prescindiendo de la voluntad de la ley, los delitos imprudentes de resultado material en delitos de peligro concreto». Anteriormente, ya HIRSCH, Hans Joachim: *StGB. Leipziger Kommentar*, 9.^a ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1971,

entiendo que la cuestión de la atribución o no de un resultado de lesión debe ser un juicio sobre este último, esto es un juicio sobre el desvalor y procedencia de la imputación del resultado, no sobre la entidad del riesgo que genera el comportamiento típico, de ahí el substrato de razón de algunas de las críticas que se han formulado contra esta teoría, especialmente, la relativa a la transformación de los delitos de resultado en delitos de peligro. En este punto, sólo interesa señalar que la teoría del incremento del riesgo –también– responde y simplifica inadmisiblemente el juicio de atribución del resultado lesivo.

En la construcción de Roxin se observa nuevamente un juicio de atribución del –desvalor de– resultado en el que no se atiende a la existencia de componentes personales que justifiquen tal atribución. Este penalista alemán no se preocupa de constatar nexos adicionales específicos ulteriores sobre los que sea fundamentable la atribución del resultado lesivo al autor. Simplemente, atiende a la entidad del riesgo que genera la conducta. Según el modelo propuesto por Roxin, un resultado constituye realización de –luego, se entiende imputable a– una conducta imprudente cuando ésta aumenta intolerablemente sus probabilidades de materialización, esto es, una vez que se constata que los riesgos que genera exceden de los niveles que producen los comportamientos adecuados. Pero aquí, al igual que en los supuestos anteriores, se trata de la imputación de resultados y las razones materiales que permiten sustentar su atribución al actor, no de los riesgos que genera la conducta. Se trata, por tanto, de un juicio de atribución del –desvalor de– resultado que obvia –nuevamente– la cuestión material relativa a las razones personales que justifican su atribución –esto es, la atribu-

§ 230 Rn. 7; SAMSON, Erich: *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, Metzner, Frankfurt am Main, 1972, pp. 155 y ss.; ULSSENHEIMER, Klaus: «Erfolgsrelevanz und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte», *JZ*, 1969, pp. 366 y ss. Con matices, véase SANCINETTI, Marcelo A.: *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 139 y ss. Críticamente, también, FRISCH, Wolfgang: *Tatbeständmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, cit. nota 1, pp. 540 y ss. De otra opinión, defendiendo esta teoría frente a las críticas expuestas, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Causalidad, omisión e imprudencia», cit. nota 18, pp. 30 y s.; EL MISMO: «Das unechte Unterlassungsdelikt», *ZStW*, 111, (1999), pp. 319 y s.; EL MISMO: Artículo 11 en: *Comentarios al Código Penal*. Tomo I (dirigidos por Manuel Cobo del Rosal), Edersa, Madrid, 1999, pp. 422 y s. También, con matices, en sentido contrario, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La imputación objetiva del resultado*, cit. nota 4, pp. 217 y ss., quien entiende, p. 218, que la crítica anterior se apoya en la errónea comprensión del «incremento del riesgo o riesgo prohibido como el riesgo real creado menos la medida de riesgo permitido». Para MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *op. cit.*, p. 229, «el gran fallo de la teoría del incremento del riesgo es, pues, la ausencia de referencias normativas».

ción del resultado lesivo— a la persona del autor, o planteado en otros términos: por qué el resultado de lesión constituye injusto personal.

La importancia —material y problemática— de proceder a un análisis de los aspectos personales que sustentan este juicio de imputación se ha ido señalando en la crítica precedente. Resulta que cuando un ciclista es atropellado por un conductor de un camión, y se constata que el primero circulaba ebrio y el segundo no respetó la distancia de seguridad, no se plantean únicamente problemas relativos a los niveles de riesgo generado por la conducta del segundo o sobre la evitabilidad del resultado de lesión producido. Además, se plantean problemas referentes a la imputación de este último. Puesto que el resultado de lesión no es sólo materialización del riesgo que genera el conductor del camión. También del que proviene del comportamiento imprudente del ciclista, cuyo estado de embriaguez es lo que precisamente suscita las dudas sobre su evitabilidad. Y estas circunstancias deben valorarse y explicarse en el juicio de atribución del —desvalor de— resultado. Porque se trata, insisto, de un juicio de atribución de injusto, por tanto, de imputación personal.

III. ESBOZO DE UN CRITERIO DE IMPUTACIÓN PERSONAL: HACIA UNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN PERSONAL DEL RESULTADO

Las razones anteriores, según se ha ido exponiendo, no constituyen tanto una crítica contra los concretos criterios doctrinales propuestos para el juicio de atribución del —desvalor de— resultado, como contra la estructura y forma de configuración de este último. El criterio del fin de protección de la norma constituye, según entiendo, un criterio adecuado para determinar si procede —o no— desvalorar el resultado de lesión, si éste puede entenderse como realización de la conducta antijurídica y, por tanto, como antijuridicidad o, por el contrario, como un mero producto del azar sobre el que no es posible sustentar el castigo. Sin embargo, en cuanto juicio de atribución del —desvalor de— resultado, la teoría de la imputación objetiva se agota en determinar —conforme al criterio del fin de protección de la norma o cualquier otro de los elaborados por la doctrina— cuándo procede desvalorar el resultado de lesión producido (46). Pero esta cuestión,

(46) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit. nota 18, pp. 108 y ss. Más recientemente, EL MISMO: «¿Qué es la imputación objetiva?», cit. nota 4, pp. 212 y s. En este sentido ya, HONIG, Richard:

debido precisamente a su carácter –estrictamente– objetivo y delimitador, no puede agotar un juicio de atribución de injusto. Constituye, a lo sumo, un juicio sobre el ámbito posible de lo imputable, es decir, un juicio a través del cual es viable delimitar los contornos de lo potencialmente atribuible –y desvalorable– al actor a título de injusto. No de lo que efectivamente se debe atribuir. La (des)valoración del curso causal conforme a los criterios antes señalados se evidencia, en consecuencia, como un primer paso necesario en el juicio de atribución del resultado lesivo. Pero, al mismo tiempo, como un proceder insuficiente para su imputación. Porque el resultado, en cuanto injusto personal debe reconducirse en estos otros términos –esto es, términos de referencia personal– al sujeto de imputación. Sólo entonces es determinable lo que procede efectivamente imputar, dentro del concreto proceso lesivo, a la persona del actor.

Para atribuir un resultado lesivo a un sujeto no basta con demostrar «que el resultado lesivo es la consecuencia de la lesión del deber objetivo de cuidado en consideración al cual la conducta [por él realizada] se califica de disvaliosa»(47). El juicio de atribución del –desvalor de– resultado no se puede reducir a «una mera comprobación fáctica» (48), esto es, a la cuestión de si en el proceso lesivo se ha verificado uno de aquellos cursos causales por los que se encuentra prohibida la conducta realizada por el autor (49). En tanto que se trata de un juicio de atribución de injusto a una persona concreta, entiendo que es necesario algo más. La teoría de la imputación del resultado precisa de un ulterior desarrollo mediante la introducción de elementos personales que le permitan superar la perspectiva unilateral objetiva perviviente desde Honig, y justificar así no sólo la comprensión del resultado como injusto, sino también su consideración y atribución como injusto del sujeto de imputación.

En un sentido próximo pueden entenderse unas recientes manifestaciones de Mir Puig, donde alude a una exigencia del «principio de culpabilidad, en

«Kausalität und objektive Zurechnung», cit. nota 8, p. 178, señalaba que estas teorías pretenden «die Voraussetzungen darzutun, die den kausalen Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg als geeignete Grundlage strafrechtlicher Beurteilung erweisen». Señalando la necesaria perspectiva preventiva de este juicio de desvaloración, SCHÜNEMANN, Bernd: «Über die objektive Zurechnung», cit. nota 4, pp. 214 y ss.

(47) Como, sin embargo, entiende MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: *La imputación objetiva del resultado*, cit. nota 4, p. 260. En similares términos, véase FRISCH, Wolfgang: *Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, cit. nota 1, pp. 525, 639 y s., por ejemplo.

(48) FRISCH, Wolfgang: *Tipo penal e imputación objetiva*, cit. nota 4, p. 116.

(49) *Ibidem*.

sentido amplio, que requiere conexión al sujeto de cada nivel de lesividad de la teoría del delito, pero al mismo tiempo es necesaria para completar la constitución del desvalor del tipo» (50). Si bien de su discurso no se deducen otros indicios a favor de la concreta línea aquí propuesta.

Según se ha avanzado en las reflexiones anteriores, la vía de solución aquí estudiada no pasa por sustituir o suprimir el juicio de desvaloración en que se ha agotado la actual configuración de la teoría de la imputación –objetiva– del resultado, sino por proponer otro juicio complementario que personalice –conforme a razones de tal carácter– la imputación de resultados lesivos, superando así la configuración unilateral y objetiva que conserva desde sus inicios. Se trata de configurar mediante la introducción de elementos personales una verdadera teoría de la imputación del desvalor de resultado, frente a su tradicional discurso de desvaloración y delimitación. La configuración de este segundo juicio no se puede centrar y mucho menos agotar en una reestructuración del contenido del dolo, en el sentido propuesto por Wolter (51). Porque los juicios de atribución de resultados lesivos no sólo tienen lugar en este ámbito de la responsabilidad subjetiva intencional. También, como han mostrado algunos de los ejemplos anteriores, en el ámbito de la responsabilidad por imprudencia. En consecuencia,

(50) MIR PUIG, Santiago: «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal», cit. nota 4, apartado V.

(51) Concretamente, mantiene WOLTER, Jürgen: «Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*», cit. nota 13, p. 116, que «la doctrina de la imputación objetiva debe “personalizarse” en lo relativo a la imputación del riesgo, que subyace necesariamente a la imputación del resultado. No sólo es preciso que el autor de un hecho doloso cree a sabiendas un riesgo adecuado. Más bien se requiere asimismo, que este comportamiento peligroso produzca un incremento del riesgo, en comparación con el comportamiento alternativo adecuado a Derecho, y que esté abarcado por el fin de protección de la norma. Así pues, también a ello ha de referirse el dolo del autor (en el sentido de la valoración paralela en la esfera de lo profano). De este modo, los tradicionales elementos de la imputación objetiva del resultado, el “incremento del riesgo” y el “fin de protección de la norma”, adquieren, en el nivel previo de la imputación del riesgo, un “aspecto personal e individual”. Por recurrir de nuevo a una frase hecha: La imputación objetiva del resultado se basa, pues, en una imputación personal (§ 16) e individual (§§ 17 y 20) del riesgo». Anteriormente, véase EL MISMO: *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, cit. nota 4, pp. 121 y ss., y 133 y ss., por ejemplo. En nuestra doctrina, en esta misma línea, entiende CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: «Imputación “objetiva” en el delito imprudente», CDJ, *Causalidad e imputación objetiva*, 1994, p. 76, que «no sólo en el primer juicio de imputación se han de considerar al mismo tiempo los aspectos subjetivos y objetivos, sino también en el segundo, ya que el dolo ha de abarcar el resultado y la relación de riesgo. En consecuencia, la imputación del resultado no podrá ser probada sin que se pruebe, al mismo tiempo, la existencia de dolo respecto a éste».

parece aconsejable asentar su personalización en un momento independiente de la concreta forma de responsabilidad subjetiva del actor, aun cuando el carácter doloso o imprudente del comportamiento condicione una diferente relación entre el actor y el resultado lesivo o determine una –mayor o menor– desvaloración y reproche.

En las líneas que siguen, se esboza una nueva vía de personalización de la teoría de la imputación del resultado. La concreta configuración propuesta centra el juicio de atribución del desvalor de resultado en el riesgo materializado en la lesión. Más concretamente, se propone atender a la naturaleza o procedencia –propia o ajena– del riesgo no permitido materializado en el resultado objeto de imputación. Se trata de un juicio que atiende y obliga a argumentar, principalmente, según la procedencia propia –esto es, de la conducta realizada, personalmente o no, por el sujeto de la imputación– o ajena –esto es, proveniente de comportamientos realizados por terceros– del riesgo materializado en la lesión, y que presupone –y obliga a– una cierta claridad sobre las razones materiales que subyacen a los juicios de imputación en el ámbito de lo injusto, sea sobre el desvalor de acción o de resultado.

Este esfuerzo por enriquecer con elementos personales la teoría de la imputación del resultado nos permite, por otra parte, una mayor aproximación y engarce de los juicios de imputación que acontecen dentro de la teoría jurídica del delito en sede de tipicidad, fundamentalmente, entre la teoría de la imputación del resultado y el juicio de imputación recíproca que subyace a determinada forma de codelinuencia. Ambos juicios muestran una importante coincidencia en el objeto de imputación –lo injusto– y, como se verá a continuación, de razones materiales sobre las que se asientan. Aunque este último resultado no puede sorprender. De hecho, lo realmente sorprendente es que hasta ahora, dos juicios de imputación tan próximos en contenido y fundamento se hayan explicado y desarrollado de forma absolutamente independiente.

En otro trabajo, relativo a los problemas que plantea la intervención delictiva en los hechos imprudentes, he esbozado las razones por las que, entiendo, procede la imputación de un resultado de lesión a un sujeto (52). En concreto, entiendo que la imputación de –riesgo o su realización como– lesión sólo procede cuando, primero, constituyen –única y exclusivamente– realización del riesgo antijurídico generado por el autor, se trata de los supuestos en los que interviene un único

(52) SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. nota 1, capítulo tercero, apartado III, A, 2 y B, 2.

actor doloso o imprudente a lo largo del proceso lesivo o, aun interviniendo varios, sólo se realiza el riesgo generado por uno de los actores. Y en segundo lugar, en los supuestos de concurrencia de riesgos, también cabe la imputación de resultados lesivos en dos ulteriores constelaciones. Bien cuando el resto de riesgo concurrente es comprendido –según se deduce de determinados indicios o circunstancias– subjetivamente por el autor, siendo ésta la forma más tradicional de fundamentar la imputación de injusto en la dogmática jurídico-penal. Bien cuando el resto de riesgo concurrente en la producción del resultado de lesión, como consecuencia de la posición normativa que ostenta el sujeto o de un deber jurídico que le exige su advertencia, debía haber sido comprendido por el mismo, todos o algunos de los restantes interviniendo (53). En los demás supuestos, la concurrencia de riesgo ajeno impide la imputación –íntegra– al actor del resultado de lesión –donde se realice– y la valoración de los hechos como consumación. Veamos las diferentes hipótesis con más detalle:

En relación con el primer grupo de supuestos, procesos lesivos en los que el resultado constituye realización única y exclusivamente de riesgo no permitido generado por un actor, la cuestión del segundo juicio de imputación –o *atribución personal*– del resultado presenta, por lo general, escasas dificultades. De hecho, la simplicidad en la referente al número de actores en los tradicionales ejemplos de imputación objetiva podría ser una de las razones que explique por qué se ha obviado la problemática relativa al sustento material de la imputación. Así, por ejemplo, si el homicida H encañona y dispara con su arma a V, falleciendo éste de forma instantánea, o si el conductor C embiste mortalmente con su vehículo al transeúnte T cuando cruzaba correctamente por un paso de peatones. Una vez constatada la relación de causalidad y que el resultado pertenece a aquellos que pretende evitar la norma de cuidado infringida, sólo hay que comprobar si el riesgo no permitido realizado en la lesión proviene de sus actuaciones: si la muerte de V se debe al disparo realizado por el homicida H, y no, por ejemplo, porque al delicado estado de salud provocado por el disparo se unió un error fatal del cirujano que le atendió posteriormente en el hospital, o si la muerte de T constituye únicamente realización de riesgo no permitido proveniente de la embestida, y no –formulando el juicio negativamente– del riesgo generado por otro transeúnte, OT, que, en su intento de socorrer a la víctima, movió brusca, fatal e innecesariamente a T.

(53) En un sentido distinto, por ejemplo, véase KORIATH, Heinz: *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, cit. nota 4, pp. 571 y ss.

En este primer grupo de casos, el juicio de atribución personal del resultado muestra una estructura muy sencilla: se agota en la constatación de que éste, la lesión del bien jurídico, es sólo realización de riesgo no permitido proveniente de las actuaciones de H y C. Se analiza el proceso lesivo, y se constata que el riesgo no permitido realizado en la lesión procede de la actuación del actor a quien se realiza el juicio de imputación, esto es: que los disparos que causaron la muerte de V son los que realizó H, o, siguiendo con el otro ejemplo, que las lesiones que provocaron la muerte de T provienen de la embestida de C; sin que sea preciso indagar de nuevo en esta sede sobre las razones –injerencia, infracción de deberes de aseguramiento, etc.– de la atribución del riesgo.

En relación con este último aspecto, se puede apreciar, no obstante, que en los ejemplos expuestos la razón material que en última instancia subyace a este juicio de imputación –sobre el desvalor de resultado– es la misma que subyace al instituto de la injerencia, se trata del sinalagma libertad de actuación-responsabilidad por las consecuencias, esto es, la misma razón que sustenta la imputación del riesgo. La orientación de las fuentes de peligro por parte de H y C hacia la producción del resultado, justifica no sólo su responsabilidad por las respectivas conductas realizadas sino también por las consecuencias –desvalorables– en que los mismos se han concretado. Por eso, entiendo, puede simplificarse el contenido del juicio de atribución del resultado lesivo y evitar duplicidades. Porque, en este primer grupo de supuestos, el resultado, en cuanto realización –única y exclusivamente– de riesgo no permitido generado por un actor, si es imputable, su juicio de atribución se asienta sobre las mismas razones que permiten sostener la imputación de dicho riesgo.

Sin embargo, la valoración y razones sobre las que se asienta este juicio de atribución del resultado –según entiendo, juicio de imputación del resultado en sentido estricto frente al primero o juicio de desvaloración– adquieren mayor complejidad en los supuestos de concurrencia de riesgos –procedentes, a su vez, de diferentes actores imprudentes– en el proceso lesivo que desemboca en la afectación del bien jurídico. Se trata, con otras palabras, de los supuestos en los que a la conducta del asesino precede un error del farmacéutico que ha infringido su deber diligencia y vende el preparado venenoso sin exigir presentación de la autorización médica, o cuando en la fase de ejecución ha concurrido otro de los enemigos del sujeto envenenado que, sin saberlo, completó la dosis suministrada por el primero confiéndole a la misma carácter letal, por poner dos ejemplos. En estos otros casos, la creación de riesgo antijurídico –o más concretamente,

las razones sobre las que se sustenta la imputación al sujeto del riesgo antijurídico por él generado— no bastan para justificar la atribución del resultado lesivo, puesto que éste no es sólo realización del riesgo generado individualmente por A, B o C, sino que es fruto de la confluencia de los mismos en el proceso que conduce a su lesión. En estas otras constelaciones de casos, según el actual estado de desarrollo de la dogmática jurídico-penal, se dispone de dos posibles razones —adicionales— sobre las que asentar la imputación.

La primera y más habitual de estas razones es de carácter subjetivo, descansa en la comprensión —aparentemente subjetiva— por parte del actor o actores del resto de riesgo concurrente en el proceso lesivo y que finalmente se concreta en el resultado de lesión. Sobre este componente descansa la estructura clásica de la coautoría, así como la imputación de ciertos procesos complejos a intervinientes dolosos, entre otros posibles supuestos. Así, por ejemplo, en relación con el caso planteado por Gimbernat, observamos que mientras el asesino, que lleva la receta del veneno a la farmacia, advierte e, incluso, utiliza el riesgo que genera el error del farmacéutico que le despacha el producto. Este último, que vende el preparado venenoso sin exigir presentación de la autorización médica, ni siquiera intuye las intenciones del cliente. Y este desequilibrio cognoscitivo entre ambos actores tiene sus consecuencias en sede de imputación del resultado. Mientras que el asesino, por los conocimientos que se desprenden de sus actuaciones y posición en el proceso lesivo, ofrece una base para la imputación a su persona del resto de riesgo —ajeno— concurrente en el resultado lesión. Al farmacéutico no cabe imputarle el mismo. Aunque nos convenzan más las razones de Gimbernat que las de Ulsenheimer y entendamos que la norma infringida por el farmacéutico pretende «evitar una administración de la medicina en contra de la *lex artis*» como la realizada por el asesino (54). El motivo reside en la conformación del resultado lesivo. Porque éste no sólo es materialización del riesgo generado por el farmacéutico. También y principalmente del generado por el asesino. En consecuencia, no cabe —frente a aquel— su —íntegra— imputación.

Un proceder equivalente se aprecia en la solución de los tradicionales problemas de coautoría. Cuando A y B acuerdan eliminar a C, y le disparan a la entrada de un hotel, falleciendo éste de forma inmediata como consecuencia de las heridas provocadas por los disparos

(54) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, cit. nota 18. La argumentación crítica de ULSENHEIMER se recoge parcialmente en nota 33.

de ambos, los elementos cognoscitivos introducidos en el tipo de la coautoría –por la doctrina mayoritaria– a través de la resolución conjunta permiten imputar a ambos sujetos la totalidad del riesgo generado y su realización como lesión. En ejemplos como el expuesto, la imputación de la muerte de C a uno u otro de los actores dista de ser una cuestión obvia. La muerte de C es realización tanto del riesgo generado por A como del riesgo generado por B, en consecuencia, precisa de ulteriores explicaciones a las ofrecidas para la solución del grupo anterior de supuestos, esto es, cuando el resultado es realización única y exclusivamente del riesgo generado por un actor. La doctrina más cualificada entiende que en estos casos, son determinados momentos subjetivos apreciables en los actores –a mi juicio, los aspectos intelectuales que se infieren, entre otros momentos, de la resolución conjunta– los que permiten «hacer responder a cada uno de los coautores por lo que hacen los demás» (55). Entiendo que, sin perjuicio de las matizaciones que he realizado en otros trabajos (56), se trata de una respuesta convincente.

El juicio de atribución personal del resultado adquiere, también, mayor complejidad en estos otros casos. Porque aquí no se trata de constatar una correspondencia entre el riesgo generado por un actor y el realizado en el resultado, sino entre el riesgo generado individualmente por éste más el –riesgo de procedencia ajena– que comprende –según se infiere de la resolución conjunta, de su situación en el proceso lesivo o cualquier otra circunstancia– subjetivamente, y el realizado en el resultado de lesión. Volviendo al ejemplo de Gimbernat, se trata de analizar si el riesgo concretado en la muerte de la persona procede de los que genera el asesino personalmente al servirle el veneno a la víctima más los provocados por el error del farmacéutico y que aquél, según se desprende de los hechos, sin duda advirtió, o, en relación con el otro ejemplo, si la muerte de C es sólo realización de riesgo no permitido generado por los disparos de A más los disparos que, según había acordado con el otro interviniente, realizaría B, y no

(55) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 656. Siguiendo al anterior, ROSO CAÑADILLAS, Raquel: *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002, p. 587. En un sentido próximo, señala MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, 7.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2004, p. 394, marg. 17, que «el principio de imputación recíproca se funda en la aceptación por parte de todos de lo que va a hacer cada uno de ellos». Con amplias referencias bibliográficas, véase SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. nota 1, capítulo tercero, apartado III.

(56) Véase SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. nota 1, capítulo tercero.

—desarrollando un poco más el supuesto y formulado negativamente— de los disparos realizados por un tercer actor, D, con quien ninguno de los dos había contado.

De nuevo se trata aquí de verter sobre el juicio de imputación del resultado ciertos aspectos y conclusiones deducibles del juicio sobre el desvalor de acción. Se trata de constatar que el riesgo no permitido realizado en la lesión proviene, bien de la propia actuación irregular del sujeto de imputación, bien de actuaciones irregulares de otras personas con las que contaba o —debió contar, según inferimos de determinados aspectos naturalísticos— en la ejecución de los hechos. Con otras palabras, consiste en comprobar que el riesgo realizado en el —desvalor de— resultado constituye en su integridad realización del riesgo —realizado personalmente o no, pero en cualquier caso— imputado al actor.

Finalmente, en los supuestos donde el resultado de lesión no es exclusiva realización del riesgo generado por un único actor, ni existe una vinculación subjetiva —en el sentido acabado de esbozar— entre los diferentes actores concurrentes en su producción, cabe, en segundo lugar, otra razón de carácter normativo que puede permitir reconducir el resto de riesgo no permitido realizado en la lesión a la persona del autor. Me refiero fundamentalmente a los denominados ámbitos de corresponsabilidad, esto es, a aquellos espacios sociales cuya configuración estructural o/y normativa ofrece argumentos de esta última clase —normativos— sobre los que asentar la imputación recíproca (57). En estos casos, cuando un conductor irrumpe bruscamente y sin señalar en medio de una carretera principal y otro que circulaba por ésta desatento y a una velocidad que duplica la permitida originan un accidente en el que fallece una tercera persona, cabe también la imputación del resultado lesivo. Aunque entre ambos actores, en el supuesto concreto, no existiese efectivamente una vinculación subjetiva. A efectos de imputación de injusto bastan ciertas vinculaciones normativas de origen extra-penal.

Sobre los ámbitos de corresponsabilidad y la forma en que, entiendo, es posible fundamentar la coautoría en deberes jurídicos provenientes de fuentes normativas —también— extra-penales, me he ocupado con detenimiento en trabajos anteriores. Sostengo que ciertas relaciones normativas existentes entre actores que intervienen en determinados ámbitos sociales, como consecuencia de su actuación y ubicación en los mismos, ofrece una base suficiente para cimentar la

(57) Ampliamente, véase SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. nota 1, capítulo tercero, apartado III, B, 2.

imputación recíproca (58). Aquí sólo quiero señalar que, en tales casos, el procedimiento para determinar la imputación o no del resultado lesivo es paralelo al acabado de exponer. Se trata de nuevo de constatar que el riesgo no permitido realizado en la lesión proviene, bien de la propia actuación irregular del sujeto de imputación, bien de actuaciones irregulares de otras personas con las que debía contar como consecuencia, aquí no de los conocimientos que se le presumen por la existencia de acuerdos, resoluciones o elementos de análoga naturaleza como la ubicación en el proceso lesivo, etc., sino de su sujeción a deberes jurídicos provenientes –por lo general, de fuentes normativas extra-penales, como consecuencia– de su participación y posición en el concreto ámbito de corresponsabilidad.

Luego, si entre los dos conductores del ejemplo anterior, el que circulaba por la carretera principal y el que se incorpora irregularmente a la misma, se constatan por su posición y circunstancias deberes de atención recíproca, la imputación del resultado exige comprobar que éste es realización del riesgo generado individualmente por el sujeto de imputación y, a lo sumo, realización del riesgo generado por el otro interviniente con el que, por su intervención y restantes factores concurrentes en el momento de los hechos, debía –imperativamente– contar, pero no realización del riesgo –no permitido– generado por un tercer conductor a quien ni siquiera pudieron advertir ambos actores.

Y sólo una vez que se ha constatado, según estos parámetros, el carácter imputable del resultado, entiendo, procede plantearse el problema de su atribución –esto es, del hecho en grado de consumación– a título de dolo o imprudencia (59). Si, por ejemplo, es atribuible a título de imprudencia el resultado consecuencia de una conducta inicial dolosa, existiendo entonces un concurso ideal de delitos entre un homicidio doloso en grado de tentativa y un homicidio imprudente consumado, o se atribuye también a título de dolo, tratándose entonces de un homicidio doloso consumado. En este último supuesto, una vez que se ha comprobado la concurrencia de un resultado disvalioso y la realización en el mismo –tan sólo– de riesgo antijurídico generado por el autor, la admisión del elemento cognoscitivo como fuente de imputa-

(58) En el ámbito del Derecho Internacional Penal, señalando la interesante relativización del tipo subjetivo de la coautoría en relación con ciertos supuestos extremos de criminalidad intencional, también véase VOGEL, Joachim R.: «Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht. Zugleich ein Beitrag zu den Regelungsmodellen der Beteiligung», ZStW, 114 (2002), pp. 420 y ss., especialmente nota 86.

(59) Sobre estas cuestiones, ampliamente, véase FRISCH, Wolfgang: *Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, cit. nota 1, pp. 588 y ss.

ción muestra el dolo, en cuanto conocimiento del riesgo concurrente generado por el actor, como razón más intensa de imputación.

La ampliación de los ámbitos de responsabilidad personal que subyace de forma –más o menos expresa– a estos dos últimos juicios de imputación –y correspondientes institutos jurídico-penales de los que inferimos algunos de sus elementos–, mediante los cuales se extiende lo imputable más allá de las propias actuaciones personales a riesgos generados por terceros sobre la base de elementos normativos y subjetivos, no fricciona, entiendo, con otros principios y fundamentos sobre los que se asientan modernas construcciones dogmáticas, particularmente en la explicación de la teoría de la tipicidad. Me refiero, en especial, al denominado principio de autorresponsabilidad (60). Hace algunos años un penalista alemán llamado Renzikowski, en relación con la conformación de los tipos de participación en función del hecho del autor, aludía a un momento de vinculación social (*Sozialbindung*), llamando la atención sobre el hecho de que «la imagen del hombre presente en la Constitución no se agota en la representación del individuo aislado, sin ningún tipo de relación con sus semejantes, sino que muestra a la persona como sujeto de Derecho responsable en un entramado de múltiples vínculos [obviamente también, jurídicos y personales] con la sociedad» (61). Autorresponsabilidad no significa ni puede significar, en consecuencia, agotar el ámbito de lo jurídico-penalmente imputable en las actuaciones personales e inmediatas del sujeto. No se trata sólo de que unas estructuras de imputación semejantes sean irreconciliables con tal imagen del hombre y los contenidos de sentido de los sucesos en los que se involucre el mismo. Se trata de que en la medida en que una persona se vincula o se encuentre –normativamente– vinculada con riesgos y comportamientos ajenos, amplía su ámbito y posibilidades de actuación e influencia y, con ello, de posibles competencias e imputación. La recepción más expresa de esta concepción normativa de la persona en nuestro Código Penal puede encontrarse en la definición de la coautoría y figuras paralelas como las distintas formas de intervención accesoria, etc. Según este razonamiento, el principio de autorresponsabilidad debe entenderse en la

(60) Sobre el mismo, ampliamente, véase CANCIO MELIÁ, Manuel: *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.^a ed., J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 261 y ss.

(61) RENZIKOWSKI, Joachim: *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, p. 136. Por lo demás, críticamente sobre esta construcción, véase SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. nota 1, capítulos primero y sexto.

teoría del tipo como concreción del principio de culpabilidad –o responsabilidad subjetiva– en un sentido próximo al que aludía antes Mir Puig, esto es, como exigencia de *íntegra* «conexión al sujeto de cada nivel de lesividad de la teoría del delito» (62).

En cuanto a las concretas propuestas de desarrollo normativo que en otro lugar he realizado para algunas de estas figuras (63), entiendo que una limitación de tales «*conexiones personales*» a momentos de carácter subjetivo, como aún se pretende desde ciertas posiciones (64), no es justificable materialmente, e ignora la incidencia de los componentes y expectativas normativas en la conformación de la persona y su responsabilidad. Desde una perspectiva problemática, tales posiciones se muestran simplemente insostenibles.

Una posible solución conceptual para reconducir estas tres manifestaciones del juicio de imputación del resultado –complementario a los tradicionales criterios de valoración, más que de imputación, de carácter objetivo– podría ser, entre otras opciones, el concepto de *atribución personal*. Según el esquema propuesto, el juicio de atribución del resultado pasaría a realizarse desde dos parámetros complementarios, un primer parámetro objetivo que atiende –según considero correcto– a la finalidad de protección de la norma de cuidado infringida, para ponderar o no si procede (des)valorar como injusto la lesión del bien jurídico, y un segundo parámetro personal que atiende a la atribución o conexión del riesgo realizado en la lesión con la persona del autor. En este segundo juicio se trata, como se acaba de exponer, de constatar la plena conexión con el sujeto del riesgo no permitido realizado en la lesión, bien porque constituye realización de riesgo no permitido proveniente exclusivamente de su actuar descuidado, intencional o no; bien, en los supuestos de concurrencia de riesgos, porque el riesgo no permitido que no ha generado personalmente fue comprendido –según se infiere de determinadas circunstancias o indicios– subjetivamente o, dada su posición o sujeción jurídica, debido –imperativamente– advertir por parte del sujeto de imputación. A través del concepto atribución personal se pueden reconducir los tres elementos: realización íntegra del riesgo y, en su defecto y complementariamente, comprensión subjetiva o normativa –del riesgo concu-

(62) Cit. nota 50.

(63) SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. nota 1, capítulo tercero.

(64) En esta línea, por ejemplo, v. KORIATH, Heinz: *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, cit. nota 4, pp. 571 y ss.

rente no generado, que nos permiten valorar la procedencia o no de la imputación del resultado al autor.

La doble estructura que se propone para el juicio de atribución del resultado me permite, por otra parte, una mejor explicación y delimitación del ámbito problemático a subsumir en el modelo de cláusula general de tentativa de delito imprudente que he propuesto –de momento, para su estudio y discusión– de cara a la posible inserción de una solución legal al problema subyacente –de forma principal– al instituto de la autoría accesoria en la parte general del Código Penal (65). Según he señalado en un trabajo previo, la relación existente entre los dos elementos que, entiendo, deben caracterizar los hechos intentados punibles en la imprudencia, el comportamiento imprudente y el resultado lesivo no –íntegramente– atribuible, no se trata de un problema causal, sino normativo (66). Se trata de relaciones de riesgo y desvaloración jurídico-penal. Pues bien, según lo expuesto, la tentativa de delito imprudente sólo debe punirse –en su caso– en aquellos supuestos en que el resultado de lesión producido sea objetiva pero no –íntegra y– personalmente imputable, esto es, cuando pertenezca a aquellos que pretende evitar la norma de cuidado infringida, pero por la concurrencia de riesgos de exclusiva incumbencia ajena no es posible su –íntegra– imputación al actor.

El enriquecimiento que se plantea para el juicio de atribución del resultado mediante la introducción de elementos de vinculación personal, subjetivos o normativos, no sólo supone un mayor grado de complejidad operativa y estructural, también aconseja –precisamente, como consecuencia de ello– alguna reflexión de carácter sistemático. Porque la introducción de los elementos personales señalados dificulta su consideración –a efectos explicativos– como un requisito más del tipo objetivo. El enriquecimiento del juicio de atribución de resultados mediante aspectos intelectuales y normativos aconseja, según entiendo, optar por diferenciar, frente a la tradicional bipartición del tipo entre sus elementos objetivos y subjetivos (67), entre los elementos que con-

(65) En concreto, he sometido a discusión un modelo similar al siguiente: «Artículo 16 bis. También podrán castigarse como tentativa aquellas conductas imprudentes que concurran en la ejecución de un delito imprudente de resultado, cuando la lesión no les sea atribuible en su totalidad». Ampliamente, véase SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. nota 1, capítulo quinto, apartado IV; EL MISMO: «¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad», RDPC, en prensa, apartado II.

(66) Véase SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: «¿Cómo se elabora una propuesta de *lege ferenda*? Reflexiones sobre la formulación de los preceptos jurídico-penales. Primera parte: Tipicidad», cit. nota 65, apartado II.

(67) Críticamente, véase GRACIA MARTÍN, Luis: Prólogo a María Ángeles Rueda Martín: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 21 y ss.

forman el desvalor (típico) de acción y el desvalor (típico) de resultado, y posteriormente, subdividir a su vez estas categorías entre sus correspondientes elementos objetivos y normativos o subjetivo-personales. En concreto, en relación con el juicio de imputación del resultado, entre la imputación o desvaloración objetiva del resultado y su atribución personal. De esta forma se posibilita una más fácil explicación y comprensión de los juicios de atribución en sede de tipicidad.

La teoría de la imputación del resultado, en cuanto juicio de atribución del –desvalor de– resultado, exige algo más que una mera constatación fáctica de la mayor o menor normalidad objetiva del concreto curso causal acontecido. Criterios como el «fin de protección de la norma» o la previsibilidad objetiva pasan a desempeñar un papel, en cierto modo, secundario dentro del juicio de atribución del resultado. Porque a través de esta teoría no se trata ni se puede tratar sólo de desvalorar sucesos lesivos, sino también y ante todo de explicar y justificar su imputación a un concreto actor. El juicio de atribución del resultado debe ser comprendido en toda su magnitud, como juicio de desvaloración y como juicio de atribución de desvalor –de resultado– y erigirse material y positivamente sobre las razones personales, subjetivas y normativas, que permiten justificar la imputación al autor. La reformulación y desarrollo de la teoría de la imputación del resultado conlleva consecuencias de carácter sistemático que la ubican más allá del tipo objetivo y con componentes y estructuras paralelas a los que conforman el juicio de imputación sobre el desvalor de acción.

Según el esquema propuesto, la imputación de un resultado lesivo presupone la realización de dos juicios. Un primero, donde se establece que el resultado es consecuencia de la conducta típica y pertenece a aquellos que persigue evitar la norma de cuidado infringida. Y un segundo, donde se valora su atribución personal. Este último presupuesto se aprecia sólo en los supuestos señalados: cuando el mismo es únicamente realización de riesgo generado por el actor o, subsidiaria y complementariamente, cuando el riesgo realizado en la lesión proviene de diferentes actores, pero existía una vinculación subjetiva o normativa entre los mismos que permite sustentar su atribución. Veamos, con algunos ejemplos, la operatividad del modelo esbozado.

IV. APLICACIÓN DEL MODELO PROPUESTO

Ejemplo propuesto por Armin Kaufmann: un herido de bala fallece en un hospital como consecuencia de una infección allí adquirida. En la determinación del dolo se aprecia que el autor no había pensado

siquiera en la posibilidad de que el proceso lesivo terminase en un hospital, sino sólo en que su disparo produciría inmediatamente la muerte de la víctima (68).

Según el modelo esbozado, el juicio de atribución de un resultado lesivo presupone la realización de dos ponderaciones. Primero, procede determinar el carácter imputable a título de injusto de la lesión mediante su valoración desde la perspectiva de la norma de cuidado infringida. Se trata, en este primer momento, de la procedencia de su desvaloración jurídico-penal, si nos encontramos ante un resultado de lesión jurídico-penalmente desvalorable, que puede entenderse jurídicamente como realización del riesgo no permitido, o, por el contrario, ante una mera consecuencia del azar. Y posteriormente, una vez esclarecida la cuestión relativa a su (des)valoración jurídico-penal, debe ponderarse su atribución personal al autor. Pues bien, en relación con este primer ejemplo, la solución se puede obtener ya tras la realización del primero de los dos juicios indicados: mediante las normas que prohíben apuntar, disparar o utilizar descuidadamente armas de fuego contra otras personas no se pretende evitar la muerte de éstas en hospitales como consecuencia de las infecciones allí producidas por la falta de asepsia en los instrumentos, siguiendo con el ejemplo expuesto. Este último fin sólo puede corresponder a aquel específico sector normativo que se dirige a los profesionales sanitarios (69): médicos, enfermeras, etc. Luego, parece que no se puede desvalorar —y mucho menos atribuir— al primer actor doloso el concreto resultado de muerte producido. Según este razonamiento, la solución correcta es: el autor de los disparos responderá por la conducta realizada, en principio homicidio o asesinato en grado de tentativa, también —si procede— por las diversas lesiones que produjo, pero, en ningún caso, por el resultado de muerte en el que desemboca el proceso lesivo.

Sin embargo, los procesos lesivos suelen mostrar cursos menos extraños, y a la acción de disparar o conducir suele anudarse un resultado lesivo de muerte o lesiones que pertenece efectivamente a aquellos que pretenden evitar las normas de cuidado que ha infringido el sujeto activo. Aunque la eventual concurrencia de otros factores o comportamientos riesgosos pueda suscitar dudas sobre la procedencia o no de su —íntegra— imputación al actor. En estos otros casos, la imputación del resultado

(68) KAUFMANN, Armin: «“Objektive Zurechnung” beim Vorsatzdelikt?», cit. núm. 4, p. 263.

(69) Sobre estas y otras cuestiones, ampliamente, v. ROMEO CASABONA, Carlos María: *El médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad)*, cit. núm. 19, *pássim*; el mismo: *El médico ante el Derecho*, cit. núm. 19, *pássim*.

precisa de la realización del segundo juicio de atribución señalado. El juicio de atribución del resultado se presenta, ahora sí, como un juicio de atribución o imputación en sentido estricto. Porque ya no se pondera la desvaloración –jurídico-penal– o no del resultado. Aquí no se trata de apreciar si el resultado es efectiva realización de la conducta antijurídica o mero azar. En estas constelaciones de casos se está ante resultados disvaliosos, y se trata de determinar si los mismos son –íntegramente– atribuibles –en cuanto injusto– a la persona del autor.

Siguiendo con el ejemplo de Armin Kaufmann, supongamos que la muerte del sujeto pasivo se produce como consecuencia de la herida de bala, y que no concurre ninguna infección posterior producida por negligencia de los profesionales que le atendieron en el hospital. Simplemente, y pese a haber realizado todo lo posible, éstos no pudieron salvar su vida. Entonces, una vez aclarado que el resultado pertenece a aquellos que persiguen evitar las normas de cuidado infringidas: mediante las normas que prohíben apuntar, disparar o utilizar armas de fuego contra personas se pretende evitar muertes como la acontecida, esto es, la muerte de una persona como consecuencia de una herida de bala; procede valorar su efectiva atribución al autor. Pues bien, en esta primera variante del ejemplo, encontramos otro supuesto muy sencillo. Porque el resultado, la muerte de la víctima como consecuencia de los disparos, es exclusivamente realización de riesgo no permitido generado por el único sujeto activo, la persona que efectuó tales disparos. En consecuencia, procede su –íntegra– imputación.

Sin embargo, no siempre nos encontraremos ante procesos lesivos tan lineales. De hecho, son frecuentes los casos en los que concurren dos, tres o cuatro actores, y en los que el resultado de lesión se corresponde con aquellos que pretendían evitar las correspondientes normas de cuidado infringidas por cada uno de éstos en su actuar. Entonces, la complejidad de este segundo juicio –juicio de atribución personal o de imputación del resultado en sentido estricto, frente al primero o juicio de desvaloración– crece proporcionalmente con la complejidad del proceso lesivo. Cuanto mayor es el número de factores y riesgos que concurren en la producción del resultado lesivo más difícil se presenta la valoración de su efectiva atribución al autor.

Así, por ejemplo, supongamos que en el supuesto de Armin Kaufmann concurre una segunda persona que dispara igualmente contra la víctima y le acierta, o que se trata de dos personas, A y B, que vierten –cada una de ellas– una cantidad letal de veneno en la comida de O, y que éste, como consecuencia de la reacción provocada por tales sustancias, fallece después de su ingestión. En tales casos, cuando no es posible determinar que fue, en concreto, la primera o la segunda bala la que

acabó de forma efectiva con la vida del sujeto, o se constata que en la muerte de O incidieron tanto el veneno vertido por A como el vertido posteriormente por B, se complica notoriamente el juicio de atribución del resultado. Porque, en estos casos, si no es posible determinar que el muerto es realización del riesgo no permitido generado por A o por B, tenemos un resultado lesivo pero no un resultado imputable a –o íntegra realización del riesgo generado por– A ni un resultado –íntegramente– imputable a B. Muere una persona como consecuencia de la realización de ambos comportamientos. Pero la apreciación de un homicidio o asesinato como consumado requiere algo más, precisa –insisto– de la íntegra imputación del desvalor de resultado (70). En tales casos, el juicio sobre la atribución del resultado de lesión producido por ambos actores precisa imperiosamente de consideraciones ulteriores a su valoración desde la perspectiva de las normas de cuidado infringidas –según entiendo, juicio de valoración–. Pues, en principio, concurren factores extraños que pueden impedir su –íntegra– imputación a los distintos intervinientes. En consecuencia, es preciso valorar si es posible su atribución –como injusto– a la persona del autor.

Según expuse más arriba, la imputación de un resultado lesivo presupone la realización de dos juicios. En primer lugar, un juicio de (des)valoración de carácter normativo, donde se establece que el resultado es consecuencia antijurídica de la conducta típica, y pertenece a aquellos que persigue evitar la norma de cuidado infringida. Y un segundo juicio, de atribución personal o imputación en sentido estricto, donde se valora la procedencia de su imputación –personal– al autor. En relación con este último presupuesto de imputación del resultado, se señalaron los dos momentos en los que procede. Bien cuando el riesgo realizado en la lesión es única y exclusivamente realización del riesgo generado por un solo actor, tal y como sucede en la primera modificación del ejemplo de Armin Kaufmann, esto es, cuando la muerte del sujeto pasivo se produce como consecuencia del disparo y no concurren ulteriores negligencias de los profesionales que le atienden en el hospital. Bien cuando el riesgo realizado en la lesión proviene de diferentes actores, pero estos advirtieron –según se deduce– por la concurrencia de una resolución conjunta, ubicación en el proceso lesivo –como sucede con el actor doloso del ejemplo del farmacéutico propuesto por Gimbernat– o cualquier otra circunstancia que permita inferir tales aspectos

(70) Puesto que no es admisible, a efectos de tipicidad en el sentido de estas figuras delictivas, la imputación parcial o porcentual de un resultado de muerte: o se imputan lesiones o se imputa un resultado de muerte, pero típicamente –y a efectos de consumación– lo que no cabe imputar es medio muerto.

subjetivos, la totalidad del riesgo concurrente; o, aun cuando no sean apreciables tales momentos subjetivos entre los actores, también cabe la imputación del resultado si éstos debieron advertir la totalidad del riesgo ajeno –no permitido realizado– como consecuencia de su posición normativa o participación en un ámbito de corresponsabilidad.

Ciertamente, como me objetaba inicialmente Romeo Casabona, se trata en esencia de un juicio sobre la atribución del riesgo –realizado en el resultado–, sin embargo, entiendo correcta su autonomía y configuración como juicio de atribución del resultado. Primero, porque posee un contenido propio: no se trata de explicar la razón de la competencia sobre el riesgo antijurídico, se trata de constatar la correspondencia entre éste y el resultado de lesión producido. Y segundo, versa sobre el resultado de lesión, a través de él se trata de constatar la concurrencia y, en tal caso, si procede la imputación del desvalor típico de resultado a través de la relación del actor con la totalidad de riesgo –no permitido– concurrente en la producción de la lesión. Con otras palabras, lo que se pretende determinar es si la lesión finalmente producida le es personalmente atribuible, si es realización de su desvalor –o desvalor imputable– de acción.

Luego, en relación con los dos últimos ejemplos expuestos, la imputación de un resultado de muerte a los dos actores, desechada la primera posible justificación: la lesión no es sólo –o al menos, no es constatable– realización del riesgo generado por uno de los dos intervinientes, sólo es posible cuando ha mediado conocimiento por parte de uno o ambos actores sobre la totalidad del riesgo concurrente o éste, por diferentes razones normativas apreciables durante el desarrollo del proceso lesivo, se debió advertir –imperativamente y también– en su totalidad. Esto último ocurre, por ejemplo, cuando los dos pistoleros obran de común acuerdo, cuando ambos planificaron detalladamente los hechos e intervinieron según lo establecido, acertando ambos a la víctima en zonas vitales. Entonces, en la medida en que comprendieron y contaban con el riesgo ajeno realizado, existe una base personal sobre la que sustentar su imputación. Un fundamento paralelo puede inferirse también de ciertas posiciones normativas. Por ejemplo, si en vez de armas de fuego, se trata del veneno vertido inintencionadamente por A y B en la taza de O, una especia traída como regalo de Sudamérica por un amigo común, que –como les había indicado éste de forma previa– era mortal a partir de determinadas dosis, debiendo ambos, en cuanto titulares de la fuente de peligro, garantizar su inocuidad mediante el control de las dosis de aplicación frente a O (71). En este caso, también cabe afirmar

(71) Como sucede en este ejemplo propuesto por BURGSTALLER, Manfred: *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht: unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wiener rechtswissenschaftliche Studien, Manz, 1974, pp. 92 y s.

la imputación del resultado, pero no sobre elementos fenotípicos y presunciones de conocimientos, sino sobre las posiciones normativas que cada uno de los actores ostenta sobre la fuente de peligro, pues éstas, salvo distribución adecuada de funciones, se extienden –cada una de ellas– sobre la totalidad de los riesgos –no permitidos– provenientes de la fuente de peligro que se debían controlar (72).

El mismo proceder debe seguirse en la solución del ejemplo propuesto por Martínez Escamilla: «Dos automóviles circulan en dirección contraria en medio de una espesa niebla sobrepasando la línea mediana de la carretera. Al encontrarse en una curva se produce la colisión. Se trata en este caso de dos riesgos totalmente independientes entre sí, ambos causantes del resultado» (73). En este supuesto, descartadas las dos primeras hipótesis: el resultado de lesión no es sólo realización del riesgo generado por uno de los intervinientes: ambos sobrepasan la línea mediana; y, en principio, parece que tampoco concurren elementos fenotípicos que nos permitan inferir un conocimiento por parte de uno –o ambos– actores sobre el resto de riesgo concurrente, la imputación del resultado –supongamos, la muerte de un tercero– sólo procede si uno o ambos conductores dada su posición y sujeción normativa debieron advertir el riesgo que generaba el otro interviniente (74). Sólo entonces procede apreciar e imputar el resultado de lesión. En los restantes supuestos, cuando no concurre resolución conjunta entre los asesinos, deberes provenientes de posiciones normativas que ostentan los cocineros frente a la fuente de peligro o de la participación de ambos conductores en ese concreto ámbito social donde acontecieron los hechos, no es posible una imputación íntegra del resultado lesivo y la valoración del hecho delictivo como consumación.

V. ANOTACIÓN FINAL

En la primera mitad del pasado siglo, mediante la introducción del dolo y la imprudencia en el tipo, el finalismo configuró lo injusto

(72) Sobre la coautoría en los supuestos de concurrencia de una única fuente de peligro, ampliamente, v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. núm. 1, capítulo tercero, apartado III, A.

(73) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: La imputación objetiva del resultado, cit. núm. 4, p. 263.

(74) Sobre esta última cuestión, ampliamente, v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Intervención delictiva e imprudencia*, cit. núm. 1, capítulo tercero.

como injusto personal (75), esto es, como suceso –injusto– únicamente reconducible a las personas (76). De este modo, la desvaloración jurídico-penal se limitaba a aquella realidad a la que se dirige el Derecho Penal en cuanto instrumento normativo de control y conformación social: el comportamiento humano. Igualmente, se introducían las razones que explicaban la imputación a título de injusto. Sin embargo, con la introducción de estos elementos en el desvalor de acción no se agotó el proceso de configuración de lo injusto como injusto personal. Restaba personalizar el desvalor de resultado (77). Este trabajo somete a discusión una propuesta personal de solución.

(75) V. WELZEL, Hans: *Das deutsche Strafrecht*, Walter de Gruyter, Berlín, 1969, pp. 30 y ss., 48 y ss., 59 y ss. y 127 y ss.; EL MISMO: *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. castellana y notas de Derecho español por José Cerezo Mir, Ariel, Barcelona, 1964, pp. 67 y ss.; EL MISMO: «Studien zum System des Strafrechts», *ZStW*, 58, (1939), pp. 502 y ss. En nuestra doctrina, por todos, CEREZO MIR, José: «El finalismo hoy», cit. núm. 19, pp. 11 y ss.; el mismo: *Curso de Derecho Penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, cit. núm. 1, pp. 28 y ss., y 120 y ss.

(76) Frente a la concepción objetiva y despersonalizada que defendía su comprensión como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Sobre ello, v. CEREZO MIR, José: «El finalismo hoy», cit. núm. 19, pp. 11 y ss.; EL MISMO: *Curso de Derecho Penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, cit. núm. 1, pp. 28 y ss., y 120 y ss.

(77) Pese a los intentos de autores como WOLTER o CORCOY BIDASOLO, cit. núm. 51.

Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995 (1)

JEAN PIERRE MATUS A.

Profesor Asistente de Derecho Penal. Universidad de Talca (Chile).

SUMARIO: 1. Introducción.—2. La distinción de los casos de *especialidad*, *subsidiariedad* y *alternatividad* del concurso ideal: el principio *non bis in idem*. 2.1 Especialidad (art. 8.1.^a). 2.2 Subsidiariedad (art. 8.2.^a). 2.3 Alternatividad (art. 8.4.^a).—3. La distinción entre los casos de *consunción* y el resto de las figuras concursales: el principio de *insignificancia*. 3.1 El principio de consunción (art. 8.3.^a).—4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Según el encabezado del art. 8 C.P. 1995, que ha pretendido regular, de una manera más completa y sistemática que el anterior C.P. 1944, el llamado concurso de leyes o concurso aparente de leyes, las reglas que contiene se aplicarán cuando «los hechos susceptibles de ser calificados por dos o más preceptos» «no estén comprendidos» en

(1) Este artículo ha sido escrito en el marco del Proyecto FONDECYT núm. 1970611-97, y en él se resumen parte de las ideas principales defendidas en mi tesis doctoral «*Concurso (aparente) de leyes y concurso entre especies de un mismo género en el nuevo código penal español de 1995. Aproximación histórica y analítica*», dirigida por el Prof. Dr. José Juan Moreso, y leída en la Universitat Autònoma de Barcelona el 16 de Diciembre de 1996, ante el Tribunal integrado por los Profesores Drs. Mercedes García Arán, Ángel Sanz Morán, Ramón García Albero, Pablo Navarro y José Cid Moline, a quienes agradezco especialmente sus valiosos comentarios, muchos de los cuales se recogen en estas páginas, aunque me es imposible citarlos directamente.

las disposiciones que se refieren a los llamados *concurso real e ideal* (arts. 73 a 77).

Esta escueta formulación no ofrece ningún criterio de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales, como no sea el extraño mandato de considerar el concurso de leyes como figura residual respecto a las concursales comunes. Sin embargo, como quedó de manifiesto en la discusión parlamentaria (2), la *literalidad* de la fórmula transcrita parece contradecir la idea absolutamente dominante en la doctrina española, de que las reglas del concurso ideal y real se aplican sólo cuando no lo son las de concurso de leyes (3).

Pero si en verdad el *tenor literal* del encabezado del artículo 8.º estableciese la referencia inversa al sentir mayoritario de la doctrina española, se llegaría al absurdo de no poder afirmar nunca un concurso de leyes, pues *todos* los hechos susceptibles de ser regulados conforme a dos o más preceptos del Código se encuentran comprendidos en las reglas de los artículos 73 a 77, atendido el amplísimo alcance de la primera de ellas.

De ahí que resulta más razonable entender la referencia estudiada en el sentido de que las reglas de los artículos 73 a 77 no se aplicarán si son aplicables las del artículo 8.º, tal como postulan ahora Quintero/Morales/Prats (1996:577) (4).

Luego, la distinción entre las figuras concursales comunes y el concurso de leyes vendría dada, como sostuviera Cid (1994:34), por la presencia o no de los requisitos de aplicabilidad de los distintos prin-

(2) En efecto, como bien hizo notar la Diputada Sra. Rahola en la enmienda núm. 167, la referencia criticada «obliga a analizar el concurso de delitos antes que el concurso de leyes». Lamentablemente, es indudable que esta inversión de papeles no fue advertida por el Grupo Socialista, y tampoco por el resto de quienes apoyaron en definitiva la aprobación del texto del artículo comentado, ello, a pesar de que, aunque no con la misma claridad que la Sra. Rahola, el Grupo Popular criticase en sentido similar la disposición analizada (Cfr. al respecto, las intervenciones del Sr. Diputado Pillado y de la Sra. Senadora Vindel López en las sesiones de la Comisión de Justicia del Congreso núm. 489, Pleno del Congreso de 22 de Junio de 1995, y Comisión de Justicia del Senado núm. 225 y Pleno del Senado de 25 de octubre de 1995, respectivamente).

(3) Cfr. v. gr., CID (1994:34). Sin embargo, el cambio de orden que se analiza tampoco fue notado por BUENO ARÚS (1995:233), quien sostuvo respecto a la regla 4.ª del artículo 8 Proyecto 1994, que «tal como está redactado, este precepto impediría la estimación de casos de concurso de delitos, si no fuera porque, cautelarmente, el repetido artículo 8 comienza afirmando que las reglas sobre concurso de normas *son subsidiarias de las reglas sobre habitualidad y sobre concurso de delitos contenidas en los artículos 74 a 78 del mismo Proyecto* [el subrayado es mío]».

(4) Aunque no se plantean expresamente el problema, a igual conclusión parecen llegar MIR (1996:27/68), MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:489) y VIVES (1996:67).

cipios de solución del concurso de leyes, esto es, de una relación de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad, relaciones que constituirían elementos negativos en la definición de las figuras concursales comunes.

Sin embargo, esta última afirmación nada nos dice acerca de los criterios que nos permitirían *justificar*, en un caso concreto, la preferencia que se asigna a las reglas del concurso de leyes, por ejemplo, por existir una relación de subsidiariedad tácita, sobre las figuras concursales comunes.

Para justificar esta preferencia, y con ello, sobre todo, la distinción entre concurso de leyes y *concurso ideal*, la doctrina posterior al C.P. 1995 ha recurrido a los tradicionales argumentos de la *unidad del bien jurídico protegido* (5) y de la posibilidad de una violación al principio *non bis in idem* (6).

Sin embargo, el criterio de la *unidad del bien jurídico* sólo podría llegar a tener un rol limitado en esta materia y no siempre carente de discusión: primero, porque como ya demostrase Köhler (1900:64 ss.), no es aplicable en muchos casos reconocidos de concurso de leyes, como en la relación existente entre los llamados *delitos complejos* y los *simples* de que se compondrían, ni tampoco en otros de *concurso ideal* con unidad de bien jurídico, tal como sucedería con el llamado concurso ideal homogéneo (7); y en segundo término, porque este criterio nos remite a otra serie de discusiones posteriores que desvirtúan todo su valor como delimitador de especies concursales, discusiones que abarcan desde el concepto mismo de lo que ha de entenderse por bien jurídico protegido hasta el particular bien jurídico que protegerían las figuras legales en juego (8).

Por contra, aquí se sostendrá la tesis de que, para diferenciar los casos de concurso de leyes de las figuras concursales comunes, y justificar con ello su aplicación preferente, se debe recurrir a dos criterios

(5) A este criterio recurre VIVES (1996:67), y para afirmar la *consunción* frente a las reglas concursales comunes, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:491) y QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:579), mientras MIR (1996:27/71) recurre a este criterio en los casos de *actos previos copenados* que estima en relación de *subsidiariedad tácita* con los principales respectivos.

(6) Así, LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN (1996:43), MIR (1996:27/82), QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:576), VIVES (1996:67), e *implícitamente* MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:491).

(7) Así también, en España, ORTS (1977:431), AGULLÓ (1987:68) y MIR (1992:180 ss.).

(8) Así, antes CID (1994:44s). Sobre los problemas que enfrenta el concepto de bien jurídico, Cfr. BUSTOS/HORMAZÁBAL (1994:107 ss.).

de distinta naturaleza: por una parte, el principio *non bis in idem*, y por otra, el de *insignificancia*. El primero justificará la preferencia de los principios de *especialidad*, *subsidiariedad*, y *alternatividad*, a los que se les asigna un presupuesto de hecho vinculado a las relaciones lógicas existentes entre los preceptos penales en juego; y el segundo, del principio de *consunción*, donde se incluyen los llamados *actos acompañantes típicos*, y los *actos anteriores y posteriores copenados*, cuyos presupuestos de hecho se vinculan no a relaciones lógicas entre preceptos, sino *empíricas* entre las acciones que los constituyen.

Para demostrar esta tesis, se utilizará la metodología propuesta por Bobbio (1970:95-118), para todo análisis de situaciones en que nos encontremos ante eventuales conflictos de leyes (9): primero, fijar los criterios para individualizar cada clase de conflicto; y en seguida, fijar los criterios para resolver dichos conflictos. Mediante este método se pone de manifiesto que los presupuestos de hecho de los distintos principios con que suelen solucionarse los casos de concurso de leyes, coinciden con los de las figuras concursales comunes, creándose así una especie de concurso o conflicto entre las normas concursales. Ello supone concebir los casos de concurso de leyes como casos auténticamente concursales, en que sus principios, *especialidad*, *subsidiariedad*, *consunción* y *alternatividad*, determinan el presupuesto de hecho de la aplicación de las reglas del art. 8, donde también son potencialmente aplicables las reglas concursales comunes de los artículos 73 y ss. (individualización del conflicto), pero en los que, por mor de los principios de *non bis in idem* e *insignificancia* (individualización de los criterios de solución), se prefiere la solución del concurso de leyes antes que la concursal común (10).

(9) Problemática a la que remiten el concurso de leyes AGULLÓ (1987:65), BUSTOS/HORMAZÁBAL (1994:168), y COBO/VIVES (1990:133).

(10) Esta posición metodológica tiene efectos no sólo en las cuestiones que se plantean en este artículo, sino en otras que no puedo abordar *in extenso* en este lugar, como la discusión acerca del carácter concursal o interpretativo del concurso de leyes, pues sirve de base para argumentar acerca del carácter concursal y no interpretativo del concurso de leyes, sumándose a los argumentos antes propuestos por PEÑARANDA (1991:*passim*) y que tienen que ver con las ventajas sistemáticas de admitir ese carácter concursal, por ejemplo, para el estudio del llamado *resurgimiento* o «vuelta a la vida» de la ley en principio desplazada, particularmente en lo que respecta a la participación de terceros y a ciertos problemas relativos al error, argumentos que entre la doctrina posterior al C.P. 1995 ya han sido abiertamente admitidos por MIR (1996: 27/64 y 67). Oo., GIMBERNAT (1992:*passim*), quien defiende el carácter «objetivo» y no personal del concurso de leyes, particularmente en lo referente a la teoría de la participación criminal.

2. LA DISTINCIÓN DE LOS CASOS DE *ESPECIALIDAD*, *SUBSIDIARIEDAD* Y *ALTERNATIVIDAD* DEL CONCURSO IDEAL: EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

A principios de la década, Cuerda (1991:849 s.) y Mir (1992: 179 s.) sostuvieron, en contra de lo que entonces podía considerarse la doctrina mayoritaria, que no se infringía el principio *non bis in idem* cuando, en caso de duda, se aprecia *concurso ideal* en vez de concurso de leyes, si en el caso concreto era necesario apreciar concurso ideal para la completa valoración del hecho, porque, en general, la aplicación de las reglas del concurso ideal *nunca* llevarían a una infracción del principio *non bis in idem*, ya que evitar dicha infracción sería una de sus funciones, mediante el establecimiento de una consecuencia penal diferenciada de la prevista para los casos de concurso real, tal como postulase antes, en Alemania, Puppe (1982:234).

Sin embargo, según García Albero (1995:232 ss.), dicho argumento debía rechazarse, pues no podría dársele al principio de *non bis in idem* un carácter tan retórico, que justificase al mismo tiempo dos soluciones que, al menos en la tradición dogmática española, tenían consecuencias penológicas diferentes: *absorción agravada* en casos de concurso ideal, y *absorción simple*, en los de leyes.

El argumento de fondo para el rechazo de semejante doctrina, se encuentra en una idea que se reitera en toda la obra del citado García Albero (1995:*passim*), aunque no aparece claramente explicitada. Según esta idea, que puede entenderse como un argumento material, *lógica y empíricamente contrastable* en virtud del cual es admisible alegar que el respeto al principio *non bis in idem*, en caso de duda, se impone apreciar concurso de leyes y no concurso ideal. Esta idea no es otra que la de la *necesidad*, conforme a la cual es posible afirmar, tal como ya lo adelantara Cid (1994:53), que cuando en la concurrencia de dos o más normas, la estimación conjunta de ambas supone *necesariamente* considerar dos o más veces *una misma propiedad del hecho jurídicopenalmente relevante y común a todas las normas concurrentes* (11), entonces se produce un *bis in idem* que

(11) Nótese que hablo aquí de *propiedades del hecho jurídicopenalmente relevantes, comunes* a las normas en conflicto, no de otras propiedades del hecho irrelevantes jurídicamente, en el sentido de que no pueden entenderse como *predicados jurídicos* sobre el mismo. Es por eso que quien, por ejemplo, quiere matar a diez personas mediante un aparato explosivo, al accionar con un único movimiento corporal el dispositivo que hace explotar la bomba, aunque puede realizar lo que se entiende comúnmente por un *único hecho*, las *propiedades* de ese hecho corresponden a tantas

debe rechazarse, en la especie, recurriendo a la teoría del concurso de leyes (12).

Esta afirmación puede justificarse desde dos perspectivas: Por una parte, y a nivel meramente descriptivo, es innegable que esta idea de la *necesaria* doble valoración de una misma propiedad del hecho es el criterio que se aplica en los casos menos discutidos de la dogmática del concurso de leyes, los de *especialidad* (en sentido lógicoformal): en ellos *todas las propiedades* del supuesto de hecho de la norma general son las que *necesariamente* han de tomarse en cuenta si se quiere afirmar la realización de los presupuestos de la norma particular. Esta *necesidad* lógica de apreciar todos los elementos de la figura general justifica que en tales casos se admita incluso la posibilidad de que la norma preferente y especial contenga una pena menor que la norma general y desplazada, como en el caso de las figuras privilegiadas. La idea generalizada de la total comprensión del desvalor del hecho por la norma preferente (13) no puede dar cuenta de este hecho con la misma claridad, pues, tratándose de figuras privilegiadas, a pesar de realizarse también los presupuestos del supuesto de hecho básico, la consecuencia penal de éste es desplazada totalmente, y con ella la «desvaloración» del hecho que sanciona.

Y por otra parte, ante una teorización acerca del valor de nuestra regla relativa al concurso ideal, en lo que toca a su carácter representativo de principios penales más o menos trascendentes, como el *non bis in idem*, no se debe olvidar el carácter meramente *contingente*, y por tanto ajeno a una cuestión de principios, que tiene la actual disposición del artículo 77 C.P. para el tratamiento penal de dicha institución.

como las que definen los distintos delitos de homicidio cometidos. Esto quiere decir que, en el caso propuesto, la «voluntad» única de accionar el dispositivo explosivo *no* modifica la *intención plural* de matar a varias personas. Y ello por cuanto el accionar o no un dispositivo explosivo no es una propiedad definitoria del homicidio, sino sólo la del medio que se emplea para cometerlo, medio que es, en cuanto a la definición del delito, *irrelevante*. Lo relevante aquí, son sólo dos cosas: que se haya tenido la intención de cometer el delito y que se haya logrado ese propósito por los medios que el propio agente dispuso al efecto, esto es, la realización fáctica de los elementos con que la ley describe el supuesto de hecho punible llamado homicidio: intención homicida, acción que la ejecuta y producción del resultado buscado.

(12) En este sentido, puede verse ahora lo expuesto en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:489), donde se afirma: «Algo nos dice que desde el momento en que en el Código penal vigente hay dos o más preceptos que pueden ser aplicables a un mismo hecho, teniendo los preceptos concurrentes *el mismo núcleo típico fundamental* (matar, robar, etc.), sólo uno de ellos puede ser aplicable, debiendo excluirse la aplicación de los otros».

(13) MIR (1996:27/63), MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:488 s.), QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:576) y VIVES (1996:67).

En efecto, dicha regla es *contingente*, en primer lugar, porque no es *necesaria* para la aplicación del derecho penal español codificado, según lo conocemos desde el siglo pasado. Esto se demuestra, fácilmente, si eliminamos mentalmente su presencia en el hoy vigente artículo 77: en tal caso, los supuestos que regula deberían ser necesariamente resueltos con la regla del artículo 73, cuya amplitud es tal que el propio artículo 77 se encabeza sosteniendo que su regla es una excepción de las anteriores. Además, este carácter *contingente*, en el sentido de ser una regla excepcional aplicable *sólo en beneficio del reo*, lo demuestra el que las reglas 2.^a y 3.^a del artículo 77 prevén precisamente la obligatoriedad de aplicar la acumulación de penas del artículo 73, cuando ésta *resulte más benigna* que la regla del artículo 73.1. Lo cual quiere decir, naturalmente, que la regla *excepcional* del artículo 77.1.^a, establecida «en beneficio» del reo, no puede aplicarse cuando tal «beneficio» importe un castigo superior al de la regla general del artículo 73.

Y es ese carácter *excepcional, en beneficio del reo*, el que demuestra que la regla del artículo 77.1.^a no está destinada a impedir la aplicación de la del artículo 73, para evitar una infracción al *non bis in idem*, sino simple y únicamente para otorgarle un «beneficio». A pesar de esta evidencia, entender que dicha regla está destinada a impedir la infracción del principio *non bis in idem* supondría negar la aplicación del artículo 73, *en todos los casos de concurso ideal*, para no caer en la contradicción de afirmar la necesidad de infringir el principio *non bis in idem*, mediante la aplicación del artículo 73, porque infringirlo sería «más beneficioso» para el reo que respetarlo, aplicando la regla del artículo 77.1.^a, más perjudicial, lo cual resulta absurdo y puede llevar a resultados totalmente injustos, como lo demostró la discusión doctrinal de fines del siglo pasado, que llevó a la inclusión de la regla que hoy permite, en caso de ser «más beneficioso para el reo», recurrir a la regla general de la acumulación, prescindiendo de la excepcional del artículo 77.1, la que no fue establecida por mor de un principio como el *non bis in idem*, sino simplemente, para otorgar un *beneficio*, como una gracia legislativa, al reo (14).

(14) Esta fue la razón que impulsó, a principios de siglo, la reforma del original artículo 90 C.P. 1870, que, al no contemplar la posibilidad de recurrir a las reglas del concurso real cuando las del ideal fuesen más perjudiciales para el reo, obligó a condenar a muerte a varios reos, en aplicación de la, en principio «más benigna» regla que contemplaba (aplicación *sólo* de la pena mayor del delito más grave), terrible resultado al que no se habría llegado de aplicar las reglas «más perjudiciales» del concurso real, tal como lo denunciaran en su oportunidad BAJO (1891:314 s.), HUERTA (1898:19), MAYNAR (1905:741) y MONZÓN Y RODRÍGUEZ (1906:725).

2.1 Especialidad (art. 8.1.^a)

Según esta disposición, cuando existan «hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos... el precepto especial se aplicará con preferencia al general». Como afirma Bueno Arús (1995:232), «al no definir[se] en qué consiste la especialidad, es obvio que la falta de interpretación auténtica del término habrá de continuar siendo suplida por la interpretación usual».

Así que, siguiendo la doctrina dominante en España, debe entenderse que esta regla se refiere al concepto *estricto* de especialidad, en su sentido *lógicoformal*, esto es, a la relación que se produce entre dos preceptos penales cuando en la descripción del supuesto de hecho de uno de ellos, el especial, se contienen todos los elementos del otro, el general, más uno o varios otros especializantes (15). O, dicho en términos más comprensivos, a la relación que existe entre dos supuestos de hecho legales, *cuando todos los casos concretos que se subsumen en el supuesto de hecho legal de una norma, la especial, se subsumen también dentro del de otra norma, la general, la que es aplicable al menos a un caso concreto adicional no subsumible dentro del supuesto de hecho de la primera.*

Ello puede deberse a la existencia entre los preceptos concurrentes de una relación de especialidad por *extensión* o *adición*, como en el caso de la relación entre el delito de homicidio del artículo 138 y las figuras de asesinato de los artículos 139 y 140, y que corresponde a la definición tradicional de especialidad; o a que la descripción de uno o varios elementos del supuesto de hecho de la ley especial *suponen conceptual y necesariamente* la de todos los de la ley general, porque es un parte de un todo o una especie de un género conceptual, especialidad por *comprensión* o *especificación*, como sería el caso del auxilio ejecutivo al suicidio eutanásico del artículo 143.4, donde el requisito de la petición sería de la víctima importa necesariamente el consentimiento implícito en la fórmula general del auxilio ejecutivo al suicidio del artículo 143.3.

2.2 Subsidiariedad (art. 8.2.^a)

Según el artículo 8.2.^a, cuando en «los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos» exista una *relación de*

(15) Así, por ejemplo, ahora MIR (1996:27/69), MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:490) y VIVES (1996:69).

subsidiariedad, «el precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal».

Bueno Arús (1995:232) critica esta disposición, especialmente en lo que se refiere a la *subsidiariedad tácita*, pues según él «supone confiar la decisión en cada caso al arbitrio judicial», pero la justifica de todos modos, aduciendo que «la naturaleza de las cosas no permitiría seguramente otra redacción del precepto más acertada», pues «todas las definiciones posibles [de subsidiariedad] serían tautológicas: *norma subsidiaria es la que no es preferente*».

Sin embargo, el que el Código adopte aquí la posición más cómoda posible y no ofrezca sino una mera descripción de la regla de solución de los casos de *subsidiariedad*, no significa que éstos no puedan definirse sino de ese modo. De hecho, en Alemania hace bastante tiempo que la existencia de una *subsidiariedad material*, basada en la idea de que los grados de afección más próximos al bien jurídico prefieren a los más lejanos, ha llenado el hueco faltante a la regla que aquí se comenta, al punto que sobre esa misma definición se critica a veces la virtualidad de ciertas cláusulas de subsidiariedad expresa para desplazar las reglas concursales comunes, cuando no se ajustan a la misma (16). Para llegar a esta conclusión, la doctrina alemana, y particularmente Honig (1927:41 ss.), emplearon como método el análisis de las cláusulas de subsidiariedad expresa existentes en el antiguo C.P. alemán 1871, de cuyas características comunes extrajeron el concepto hoy vigente de *subsidiariedad material*.

A mi juicio, el método recién expuesto puede ser apropiado para descubrir el concepto de *subsidiariedad* subyacente en el artículo 8.2.^a del nuevo C.P., conforme a las escasas directrices que el propio artículo 8.2.^a nos ofrece.

La primera de ellas es que la regla del artículo 8.2.^a, por aplicación del principio de *vigencia*, debiera tener un ámbito de aplicación independiente de la del artículo 8.1.^a, esto es, que no es aplicable a casos de relación de *género* a *especie* entre las normas concurrentes, pues en tal evento una de las dos reglas sería inútil: la de subsidiariedad, si sólo viene a confirmar la de especialidad; o ésta, si la regla de subsidiariedad diera preferencia a la norma general, situación en que nunca sería aplicable la especial (17).

(16) DÜNNEBIER (1954:272), KOCH (1960:4). En la literatura actual, Cfr., por ejemplo, SEIR (1983:235), SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (1991:v. § 52/106) y VOGLER (1985: v. § 52/119).

(17) Por contra, QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:578), entienden la *subsidiariedad* como una «subforma de especialidad».

Y la segunda directriz que emana de este artículo 8.2.^a, es que, al reunir en una única formulación tanto la *subsidiariedad expresa* como la *tácitamente deducible*, entrega al intérprete la facultad de sostener la existencia de una relación de *subsidiariedad tácita*, con toda seguridad, allí donde exista la misma razón que impulsó al legislador para establecerla *expresamente*.

Sin embargo, si como sostiene García Albero (1995:336), no pueden considerarse como cláusulas de *subsidiariedad expresa* aquellas declaraciones legales que tienen por objeto *limitar el alcance* de una disposición, y por tanto, evitar su concurrencia con otra, mediante la introducción de fórmulas como la del artículo 263, que se refiere a los daños allí sancionados como aquéllos «no comprendidos en otros títulos de este código», entonces las *cláusulas de subsidiariedad expresa* propiamente tales constituyen verdaderamente un grupo muy marginal dentro del nuevo C.P., debiendo descartarse como tales las declaraciones contenidas en los casos que antes de la promulgación del nuevo C.P. se consideraban como «típicos» de esta especie: la relación entre la norma que define la complicidad y aquélla que establece las formas de autoría (antiguos arts. 14, 16 y 17 C.P. 1944, hoy 28, 29 y 451 C.P. 1995), y las cláusulas similares a las del anteriormente vigente artículo 131 C.P. 1944, como las del citado artículo 263 (18).

Además, tampoco han de considerarse como *cláusulas de subsidiariedad expresa* aquellas disposiciones que remiten el tratamiento penal de un hecho a las reglas concursales comunes, que de alguna manera u otra suponen la aplicación *conjunta* de las normas en juego, lo cual veda el encabezado del artículo 8 C.P., como sucede hoy en día con la fórmula del artículo 481, aplicable a los delitos de rebelión. Aquí también pueden surgir problemas interpretativos, como los vividos anteriormente respecto a la norma del entonces vigente artículo 204 bis a) C.P. 1944 (19), pero cuyo alcance no afecta al principio de *subsidiariedad*.

En la misma situación se encuentra la regla del artículo 383 inc. primero, igual a la del anteriormente vigente artículo 340 bis c), que para el caso de que un delito de peligro para la seguridad del tráfico ocasione, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, establece que «los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada». En efecto, aquí parece nos encontramos ante un caso de lo que algunos autores denominaron *alternatividad expresa* (20)

(18) Cfr., v. gr., SANZ (1986:123).

(19) Al respecto, Cfr. ORTS (1985:691 ss.) y SAINZ (1989:652 ss.).

(20) Cfr. nota anterior.

y no ante uno de *subsidiariedad*, pues la regla transcrita no otorga preferencia a una norma con exclusión de la otra, de modo que la primera pueda considerarse, por alguna razón diferente a la de la cuantía de la pena, *principal* y la segunda, *subsidiaria*, sino que simplemente se establece la aplicación de un régimen similar al del actual artículo 8.4.^a, con el abierto propósito de evitar las reglas concursales comunes, incluyendo por cierto las del propio artículo 8.2.^a.

Por tanto, para darle a la regla del artículo 8.2.^a un sentido independiente del resto de las reglas del mismo artículo 8, diremos que una declaración legal ha de entenderse como una cláusula de subsidiariedad expresa cuando establezca la preferencia de un precepto legal con exclusión de otro, siempre, en caso que ambos concurren a la calificación de uno o varios hechos o, en términos de Muñoz Conde/García Arán (1996:490), en caso que la ley establezca expresamente que «la norma subsidiaria se utiliza cuando la principal no es aplicable» (21).

Lamentablemente, y como ya anunciara, el número de tales disposiciones en el nuevo C.P. es escasísimo. En efecto, tomando en cuenta la definición recién ofrecida, yo sólo he dado con una de ellas: la del artículo 200, en relación a los artículos 278 y 279, donde se establecen penas para el descubrimiento y la revelación de secretos de una sociedad, delitos que se excluyen cuando se trata de descubrimiento y revelación de secretos industriales —que no necesariamente han de pertenecer a una persona jurídica.

No obstante, las disposiciones citadas nos dan bastantes luces respecto a lo que entiende el Código por una relación de *subsidiariedad*. En primer lugar, confirma lo ya sostenido en orden a que no puede tratarse de un caso de relación de género a especie con una regulación igual o diferente a la del artículo 8.1.^a. En efecto, si tomamos el caso de la regla del artículo 200, encontraremos que no todo revelar o ceder datos reservados de personas jurídicas es a su vez una revelación de secretos industriales de los artículos 278 y 279, ni tampoco una revelación de secretos industriales presupone el que éstos provengan de personas jurídicas. Además, en este caso no puede intentarse el recurso a las circunstancias genéricas de los artículos 21 y ss. para construir figuras especiales que resuelvan la *impasse*, como propusiera Gimbernat (1972:175) para solucionar casos relativamente semejantes. Y en segundo término, nos indica que la relación existente

(21) Oo. en MIR (1996:27/71) y QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:578), quienes limitan las *cláusulas de subsidiariedad expresa* a aquellas en que se establezca la preferencia del «delito más grave».

entre las figuras en juego parece poder establecerse abstractamente, como resultado de la interpretación de la ley y de la determinación de sus propiedades relevantes, correspondiendo a la relación lógica de *neutralidad* o *interferencia*, según los términos de Beling (1906:306) y Klug (1956:406), respectivamente, pues ninguna de las normas concurrentes es especial respecto a las otra y ambas tienen un ámbito de aplicación común.

Sin embargo, como demostrasen los autores alemanes recién citados, y aquí en España lo hiciera también Cid (1994:46 s.), definir la relación de *subsidiariedad* en base a la de *interferencia* puede ser muy problemático, ya que tal relación existe también entre todas las figuras legales que no se encuentran en relación de *subordinación* ni *identidad*, incluyendo parejas tan disímiles como los daños y las lesiones o la estafa y la apropiación indebida, constituyendo también la base lógica de muchos casos de *concurso ideal*, como el ya planteado de la concurrencia entre lesiones y daños.

Sin embargo, el análisis del artículo 200 nos ofrece aún otra directriz legal que nos permite separar los casos de *subsidiariedad* de los de *concurso ideal*, donde, como acabamos de decir, también las normas en juego pueden encontrarse en relación de *interferencia*, como sucede en el caso de quien con un solo golpe hiere gravemente a una persona y destruye un objeto cuyo valor excede las cincuenta mil pesetas.

Y esta directriz no es otra que la ya apuntada del principio *non bis in idem*, la cual, traducida al problema que nos ocupa, importa afirmar que mientras en los casos de concurso de leyes por *subsidiariedad* no pueden estimarse conjuntamente las normas concurrentes porque ello importaría valorar dos veces *una misma propiedad jurídicopenalmente relevante*, transgrediendo con ello el principio *non bis in idem*, en los de *concurso ideal* tal transgresión no se da, pues aunque exista un suceso espacio-temporal unitario –*unidad de hecho*–, el sustrato fáctico que constituye dicha unidad no representa ninguna propiedad jurídicopenalmente relevante, representa una única propiedad jurídicopenalmente relevante que no es común a los supuestos de hecho en juego, o representa al mismo tiempo diferentes propiedades jurídicopenales, como en el caso de un único golpe que representase al mismo tiempo la intención lesiva contra la persona a que va dirigido y la dañina (o imprudente) que recae sobre el objeto que se destruye.

Luego, en base a esta distinción conceptual podemos diferenciar también los casos de relación de *interferencia* en que operaría el principio de *subsidiariedad* de aquéllos en que éste no se presentaría. En los primeros, la relación de interferencia se determina porque las figuras legales en juego tienen al menos *una misma propiedad jurídicope-*

nalmente relevante en común, mientras que en los segundos tal propiedad en común no existe.

Por tanto, podemos definir la relación de *subsidiariedad* sobre la base de lo dispuesto en el artículos 8.2, 200, 278 y 279 C.P., diciendo que se produce entre dos preceptos legales *cuando por lo menos un caso concreto que es subsumible en uno de dichos preceptos lo es también en el otro, y por lo menos un caso concreto que es subsumible en el primero no lo es en el segundo, y viceversa, siempre que ambos preceptos tengan en común al menos una misma propiedad jurídico-penalmente relevante* (22).

Conforme a este concepto, podemos afirmar existe una relación de subsidiariedad tácita:

a) Entre las diversas especies de un mismo delito básico, por ejemplo, la relación entre el artículo 139.1.^a y el 143.3, o entre el artículo 147 y el 150 (23);

b) En ciertos casos de *delitos progresivos*, donde el paso de una infracción penal a otra supone la mantención de una misma propiedad subjetiva u objetiva del hecho, como en el caso del paso del delito de peligro al de lesión lo constituye la puesta en peligro del objeto de protección penal. Este es el caso de los delitos de los artículos 348, 349 y 350, que castigan conductas sólo en la medida que pongan en «concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente», con respecto a los delitos que según el código protegen dichos intereses jurídicos;

c) En la relación existente entre el alzamiento de bienes y la celebración de contratos simulados (24); y

d) En la relación que existe entre el delito de acoso sexual del artículo 184 y el de amenaza condicional del artículo 169 (25).

No obstante lo anterior, con afirmar de este modo la existencia de una relación de *subsidiariedad tácita*, no se resuelve automáticamente el pro-

(22) Un concepto similar, aunque reducido quizás a uno sólo de los grupos de casos que el nuestro incluye, es el de VIVES (1996:69), para quien hay subsidiariedad «cuando, dentro de un mismo género de conductas, una de las normas contempla una especie y la otra el resto, de modo que del tenor literal de las mismas pueda desprenderse que la voluntad de una de ellas es aplicarse sólo en defecto de la otra».

(23) VIVES (1996:69), en el primer caso, y QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:578). En la doctrina anterior, aunque minoritariamente, afirmaba que entre especies de un mismo género existía *subsidiariedad*, SANZ (1989:673 s.).

(24) VIVES (1996:71) cita este caso como uno de alternatidad.

(25) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:492) citan este caso como uno de alternatidad.

blema de determinar cuál de las normas concurrentes ha de considerarse *principal* y cuál *subsidiaria*, como sucede en los casos de *especialidad*, donde la propia determinación de la relación que se trata también lo hace de sus términos. Luego, afirmada la existencia de una relación de *subsidiariedad*, cabe dar paso a argumentos de carácter *teleológico*, al decir de Klug (1956:412), pero ya no para decidir si se aprecia concurso de leyes o concurso ideal, sino sólo para determinar cuál de los preceptos concurrentes ha de estimarse *subsidiario* y cuál *principal*.

En este aspecto cabe destacar que no puede considerarse un argumento por sí sólo determinante la medida de la pena prevista por las figuras concurrentes. Ello porque si bien es cierto la clara indicación del inciso segundo del artículo 172 podría hacer pensar que ése es el sentido de la relación que tratamos, las disímiles consecuencias penales que se derivan de la aplicación de las figuras a que se refiere el artículo 200 y de las de los artículos 278 y 279, nos ofrecen argumentos suficientes para sostener que no siempre primará la norma más grave, sino que la preferencia de una u otra norma queda entregada a otros criterios, en este caso teleológicos, que permitan afirmarla. Además, el propio Código nada dice al respecto, estableciendo, en cambio, expresamente y como regla residual del artículo 8.4.^a, que la aplicación de la pena más grave corresponde obligatoriamente sólo cuando no puede recurrirse a todas las otras reglas del artículo 8, incluyendo por cierto la que aquí se analiza, lo que autoriza a entender que en todos los casos del artículo 8, salvo en los de la regla 4.^a, es posible declarar preferente la ley más benigna de las concurrentes, tal como hace Vives (1996:69), al declarar *principal* el auxilio ejecutivo al suicidio frente a la disposición, más grave, que castiga el asesinato. Ello, por cuanto si el legislador hubiese entendido lo contrario, le bastaba con haber limitado las reglas del artículo 8 a la 1.^a y a la 4.^a, operando esta última como criterio general para la resolución de todos los casos de concurso de leyes, salvo los de especialidad.

Sobre la base de lo recién dicho, y a modo de ejemplo de una posible forma de argumentar en el resto de los casos, podemos ofrecer en este lugar un esquema de solución al grupo de casos de subsidiariedad tácita de los antes expuestos que más discusiones generó en la doctrina anterior al nuevo C.P.: la concurrencia de dos figuras especiales de una misma básica (26).

(26) Para muestra, véanse la casi decena de artículos surgidos en torno a la discusión relativa a la relación concursal existente entre la antes vigente figura del parricidio y la del asesinato, en la que participaron destacados autores como CARBONELL (1986), RODRÍGUEZ MOURULLO (1986), MIR (1988), SANZ (1989), GIMBERNAT (1990), GUALLART (1990), FERNÁNDEZ GARCÍA (1992), y otra vez MIR (1992).

2.2.1 *La concurrencia de figuras calificadas y privilegiadas de una misma básica como un caso de subsidiariedad tácita*

En estos casos nos encontramos ante preceptos penales que se encuentran en relación de *interferencia*, pues ambos tienen un ámbito de aplicación común, pero, además, cada uno de ellos posee uno de aplicación independiente, como sucede, por ejemplo, en la relación existente, por una parte, entre el delito de homicidio calificado del artículo 139 y el de homicidio de una de las personas señaladas en el artículo 485.1, concurrencia de dos figuras calificadas del homicidio, donde el ámbito de aplicación común lo constituyen los casos en que por precio, alevosía o ensañamiento se da muerte a una de las personas designadas en el artículo 485.1, y el ámbito independiente, los casos de homicidio calificado en que la víctima no es ninguna de las personas antes señaladas, y aquellos en que al matar a una de éstas no se emplea ninguno de los medios señalados en el artículo 139.1.^a/2.^a/3.^a. Y por otra, también hay interferencia en la relación entre una figura calificada y una privilegiada de una misma básica, como sucede en la existente entre el mencionado artículo 138 y el artículo 143.3, que castiga el auxilio ejecutivo al suicidio, pues cada una de esas normas tiene un ámbito de aplicación independiente, pero también uno común, formado por los casos en que, por ejemplo, se auxilia al suicida inyectándole veneno.

Como, además, en los casos antes mencionados los preceptos concurrentes comparten al menos una misma *propiedad jurídica penalmente relevante*, el hecho de matar a otro, es necesario afirmar que entre ellos existe una relación de *subsidiariedad tácita*, regulada por el artículo 8.2.^a, puesto que la propiedad común no puede apreciarse doblemente sin lesión del principio *non bis in idem*.

Queda entonces la tarea, que abordaremos en este lugar, de establecer, mediante argumentos de carácter teleológico, cuál de los preceptos concurrentes ha de entenderse *principal* y preferente, pues, por una parte, nada dice al respecto la regla del artículo 8.2.^a, y por otra, como ya se dijo, no puede entenderse que siempre sea preferente el precepto más grave, ya que en tal caso no se podría distinguir dicha regla de la del artículo 8.4.^a, que establece esa consecuencia penal con carácter obligatorio.

Los argumentos a que nos referimos se encuentran, siguiendo el método propuesto por Klass (1960:151 s., 154, 174), en la regulación que el legislador hace de los casos más similares al que estudiamos: los de la concurrencia entre circunstancias agravantes y atenuantes, artículos 66 y ss.

Conforme a dichas disposiciones legales, si concurren varias circunstancias agravantes y ninguna atenuante, se aplicará la pena del delito que corresponda en su mitad superior, y, de concurrir atenuantes y agravantes, puede el juez compensar dichas circunstancias o, entendiendo que la circunstancia atenuante reviste una especial calidad, rebajar la pena incluso en uno o dos grados.

Los criterios que de las reglas recién expuestas se desprenden, parece ser que el legislador estima razonable que, si concurren sólo causas de agravación, entendidas en un sentido amplio, tal concurrencia tiene un efecto agravante, o al menos no puede tener el efecto de disminuir la desvaloración penal de ninguna de las causas de agravación concurrentes. Y si concurren causas de atenuación con causas de agravación, entendidas ambas en un sentido lato, el criterio del legislador es otorgar a la causa de atenuación una especie de *efecto oclusivo* que impide cualquier forma de agravación e incluso permite, en ciertos casos, una importante atenuación de las consecuencias penales.

Luego, siguiendo estos criterios, es posible formular las siguientes conclusiones:

1.º Si concurren dos o más figuras calificadas de una misma básica, como en el caso del asesinato del Rey por precio, ha de ser preferente y principal la que contenga la calificación más grave, en el caso propuesto, la del homicidio del Rey, y subsidiaria la más benigna, la del asesinato por precio, conforme al criterio según el cual la concurrencia de causas de agravación, entendidas en sentido amplio, no puede tener el efecto de disminuir la gravedad de ninguna de ellas. Por lo que toca a las causas de agravación contenidas en las figuras calificadas desplazadas y no previstas en la preferente, éstas podrían estimarse en la medida de la pena de la figura preferente, como circunstancias del artículo 22 o, si ello no es posible, en la concreta determinación de la pena que corresponda (27), y

(27) Como puede apreciarse, salvo la diferencia sistemática, ésta es la misma solución *penológica* a que llegaban quienes, desde distintas perspectivas, defendían para estos casos una solución basada en el principio de *alternatividad*, como RODRÍGUEZ MOURULLO (1986:355 s.), GIMBERNAT (1990:436 ss.), GUALLART (1990:415 ss.) y FERNÁNDEZ GARCÍA (1992:170), y también es similar a la que deberían llegar quienes, como MIR (1988:996) y GRACIA MARTÍN (1993:174 s.) defendían la solución del concurso ideal, aplicando la teoría dominante en Alemania, donde el tratamiento penal de dicha institución concursal es, prácticamente en la mayor parte de los casos, el mismo que el del concurso (aparente) de leyes, y no importa una *absorción agravada*, sino una *combinación* de los marcos penales en juego, por lo que algunos afirman que la diferencia entre ambos institutos «se ha reducido a cero» [SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE (1991: v. § 52/103)]. La única solución *penológica* ver-

2.º Si concurren una figura privilegiada con una o más calificadas, en el caso propuesto por nosotros, auxilio ejecutivo al suicidio y asesinato por precio, respectivamente, se considerará preferente y principal la figura más benigna, el auxilio ejecutivo al suicidio, siguiendo el criterio *del efecto oclusivo de las causas de atenuación*, entendidas en un sentido amplio. Por lo que toca a las causas de agravación contenidas en las figuras calificadas desplazadas y no previstas en la preferente, como en el supuesto anterior, éstas podrían estimarse en la medida de la pena de la figura preferente, como circunstancias del artículo 22 o, si ello no es posible, en la concreta determinación de la pena que corresponda (28).

daderamente divergente de la nuestra es la propuesta por SANZ (1989:672), quien, a pesar de sostener como nosotros la existencia de una relación de *subsidiariedad*, concluye, sin embargo, que ha de ser preferente la figura menos agravada sobre la más calificada, porque ésa es también la solución que se aplicaría al caso similar, de concurrencia entre figuras privilegiadas y calificadas de una misma básica.

(28) La solución aquí no sólo es idéntica en el aspecto penológico, sino también en lo que atañe a la aplicación –desde diferentes puntos de partida, naturalmente– del principio del *efecto oclusivo de la figura más benigna*, por autores tan relevantes como CÓRDOBA (1972:335), SANZ (1989:672), MIR (1992:180 s.) y GARCÍA ALBERO (1995:376). Y en cuanto a sus efectos, son los mismos a que se llegan siguiendo la propuesta de GIMBERNAT (1972:175). Sin embargo, nuestra solución cuenta con la ventaja de permitir fundamentar legalmente el llamado *efecto oclusivo de la figura más benigna*, en el sentido que MAURACH (1954b:255) [= (1954a:610)] le atribuyera a esta expresión, sin desnaturalizar la relación subyacente entre las figuras concurrentes ni recurrir a construcciones o principios dogmáticos diferentes a los utilizados para resolver el caso de la concurrencia entre figuras agravadas de una misma básica, como necesariamente debían hacer quienes defendían en dicho caso soluciones como la del principio de *alternatividad* o del *concurso ideal* (cfr. nota anterior).

El único reparo que, desde el punto legal, podría hacerse a la solución que aquí se plantea es el de la regla concursal del artículo 164 C.P., que regula la concurrencia de causales de atenuación y agravación en el delito de detención ilegal, y cuyo significado penológico es aparentemente diferente al aquí propuesto, sobre todo en lo que toca al *efecto oclusivo de la figura más benigna*, pues la pena se calcula a partir de una agravación, subiendo en un grado si concurre otra, y bajando, también en un grado, si concurre la figura privilegiada del artículo 163.2, siguiendo con ello el sistema propuesto por CUERDA (1991:862). Sin embargo, este reparo puede ser rechazado por dos razones: primero, porque, *materialmente*, la regla del artículo 164 *no es contradictoria* con el principio del *efecto oclusivo de la figura más benigna*, pues de todos modos evita que la sanción prevista para la figura agravada sea la aplicable en definitiva. Y segundo, porque se trata de una regla específica, que no tiene la significación general que las reglas de los artículos 66 y ss. parecen tener en el sistema penal vigente. Esto último significa que si bien es cierto que la regla del artículo 164 permite solucionar la situación concursal a que se refiere, la modificación en el marco penal que impone es imposible de trasladar por un recurso analógico al resto de los concursos entre figuras agravadas y privilegiadas, ya que importa la agravación del marco penal de la figura más privilegiada, teniendo en tal caso la analogía un *efecto in*

La discusión acerca de si, después de resolverse el conflicto en la forma indicada, se ha de apreciar o no en la determinación de la pena la circunstancia de cometerse el delito, por ejemplo, por precio, premio o recompensa remuneratoria, en la forma de agravante genérica del artículo 22.3, resulta un *paso posterior*, independiente de la determinación de la solución del concurso que se propone. De ahí que a esta forma de abordar el problema no le sea objetable, como sostuviera Mir (1988:996), el desconocer lo dispuesto en el actual artículo 67, antes artículo 59 C.P. 1944, con independencia de la interpretación que se haga del mismo, pues tanto la concurrencia como su solución se han planteado sin desmembrar las figuras legales en juego y sin considerar sus elementos típicos como meras circunstancias agravantes.

2.3 Alternatividad (art. 8.4.^a)

Según parece claro, la *alternatividad* estaría regulada, en el nuevo C.P., por la regla 4.^a del artículo 8, según la cual, tratándose de «hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos... en defecto de los criterios anteriores [especialidad, subsidiariedad y consunción], el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con una pena menor».

Aunque su presupuesto de hecho es aparentemente amplísimo, correspondiendo más o menos al del antiguo artículo 68 C.P. 1944 (29), en verdad, la aplicación de esta regla se encuentra limitada a un reducido grupo de casos en que sería, por una parte, posible aplicarla, atendido su expreso carácter residual, y por otra, admisible su aplicación, atendida la grave consecuencia penal que conlleva.

Este grupo de casos no es otro que el de los preceptos penales que se encuentran entre sí en una relación lógica de *identidad*, esto es, la que existe entre preceptos cuyo ámbito de aplicación es idéntico, aunque no lo sea su formulación lingüística, de manera que *todos los casos que son subsumibles en uno de ellos, lo son también en el otro, y viceversa*, y no es aplicable el principio de retroactividad más

malam partem, que no se da si de dicha regla se extrae sólo lo que podríamos llamar su núcleo esencial, esto es, su carácter representativo de una manifestación del principio del *efecto oclusivo de la figura más benigna*, cuya aplicación al resto de los casos de concurrencia entre figuras agravadas y privilegiadas de una misma básica sí es posible recurriendo a las normas generales relativas a la aplicación de las penas, cuya aplicación analógica produciría, en todo caso, un efecto *in bonam partem*, siempre admisible.

(29) Al respecto, cfr. CUERDA (1992:213).

benigna, por haber sido promulgados los preceptos que se tratan a un mismo tiempo (30).

En efecto, por una parte, y atendido su expreso carácter residual, la regla en estudio no puede referirse a preceptos que se encuentren en una relación lógica de *subordinación* o *interferencia*, pues a ellas son aplicables las reglas 1.^a y 2.^a del artículo en estudio (y también las concursales comunes de los arts. 73 a 77, cuando no lo hace la del art. 8.2.^a), respectivamente; ni tampoco a preceptos cuya relación es meramente *empírica*, pues como veremos enseguida, para ello está la regla del artículo 8.3.^a (y también las concursales comunes de los arts. 73 a 77, cuando no hay una relación de *acto principal* y *acto acompañante en sentido amplio*). Y descartadas estas relaciones, no queda otra que sea relevante en este contexto que la de *identidad* (31).

Y por otra, sólo cuando exista esa total *identidad* entre los ámbitos de aplicación de los preceptos concurrentes, podría llegar a justificarse la perentoria obligación establecida por la regla en estudio de recurrir al más gravemente penado, ya que aunque esta total duplicación sea responsabilidad del legislador, no es menos cierto que él ha valorado el hecho que se trata tanto con la pena que obliga a aplicar la regla que tratamos como con la otra más benigna. De ahí que esta doble sanción de un mismo hecho puede ser vista simplemente como producto de un desfase u olvido legislativo, cuya solución en esta regla 4.^a del artículo 8 no atenta contra las garantías implícitas del principio de legalidad, pues al imponer la pena más grave no se viola ni el principio de determinación de ésta ni el de su legalidad, como tampoco se ataca el *non bis in idem*, sino al contrario, se posibilita su respeto, al impedir la aplicación de la regla del artículo 77, que

(30) En sentido similar, estiman ahora *alternatividad* QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:580), cuando «el hecho, en todas sus dimensiones antijurídicas, puede ser indistintamente subsumido en una u otra norma»; y VIVES (1996:71), aunque la denomina *consunción impropia*, cuando «el injusto es, en ambas figuras, *idéntico*». Por su parte, para MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:491), habría tal relación, cuando los preceptos en conflicto tienen «estructura parecida, sino *idéntica*» [todos los subrayados son míos].

(31) KLUG (1956:404). También en España se ha tendido a identificar el principio de *alternatividad* con la idea de la *identidad*, especialmente en la propuesta de GIMBERNAT (1990:436 ss.), donde se afirma que la identidad puede resultar no sólo del contenido de las disposiciones en juego, sino también de su combinación con las circunstancias modificatorias de la responsabilidad, construcción esta última cuyo ámbito de aplicabilidad se ha visto considerablemente restringido por las disposiciones del nuevo C.P. 1995.

impone considerar en la pena del delito más grave la sanción por el de menor entidad penal (32).

Sin embargo, el número de casos en que se da esta relación es reducido (33), más aún ahora que se eliminó del Código la figura del parricidio, que hacía juego con la del asesinato en este tipo de relaciones (siempre que se admitiera la posibilidad de configurar supuestos de hecho *idénticos* mediante la adición de las circunstancias de alevosía, por ejemplo, y parentesco, respectivamente), y el resto de las tradicionales normas que permitían recurrir al antes vigente artículo 68 C.P. 1944. Un ejemplo podría ser el de la relación existente entre el artículo 461.2 y los artículos 393 y 396, en tanto aparece duplicada la descripción como delito de la presentación en juicio de documentos falsos, además de incorporarse una cláusula de *alternatividad expresa*, para el caso de que quien presente en juicio tales instrumentos sea el autor de la falsificación (34).

Otro caso, subsistente del Código anterior, parece ser el supuesto de *alternatividad expresa* del artículo 383.3, antiguo artículo 340 bis c) C.P. 1944, pero éste no es significativo en lo que toca a determinación de las relaciones de *alternatividad*, pues la disposición que contiene se presenta a su vez como una excepción expresa al tratamiento concursal común y a la disposición de las ya estudiadas reglas 2.^a y 3.^a del artículo 8, sin que produzca grandes efectos, salvo el que consiste en la consagración de esta curiosidad dogmática (35).

(32) Sin embargo, no debe pasarse por alto la prevención de SANZ (1995: 119), en cuanto a que con esta regla, si bien se respeta el *bis in idem*, parece producirse una fisura en el régimen de *favor rei* –al que el autor citado le otorga un rango de garantía constitucional– que domina las relaciones existentes entre preceptos idénticos, pero promulgados en distintos tiempos, a través del reconocimiento tanto de la *ultractividad* como de la *retroactividad de la ley más benigna*, artículo 2.2 C.P.

(33) Lo que, con razón, QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:580) califican de «normal». MIR (1996:27/81) va mucho más allá, afirmando que, en verdad, éste sería un caso imposible, pues operaría la derogación de la ley más benigna, ya que *nunca* sería aplicable. Sin embargo, esta última afirmación es difícilmente compatible con la posibilidad de *resurgimiento* de la ley más benigna, en casos como el del incumplimiento de requisitos procesales para aplicar la ley más grave.

(34) Cfr. QUINTERO (1996:1332). Cita VIVES (1996:71) como ejemplo de *alternatividad* la relación existente entre el alzamiento de bienes y la celebración de contratos simulados; y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:492), el de la relación entre el delito de acoso sexual del artículo 184 y el de amenaza condicional del artículo 169. Sin embargo, en ambos casos estimo podría llegarse a soluciones similares, pero recurriendo al principio de *subsidiariedad* en la forma que aquí se entiende.

(35) Cfr. nota núm. 19.

3. LA DISTINCIÓN ENTRE LOS CASOS DE CONSUNCIÓN Y EL RESTO DE LAS FIGURAS CONCURSALES: EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA

3.1 El principio de consunción (art. 8.3.^a)

Según el artículo 8.3.^a, cuando existan «hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos... el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél».

Por sus términos y alcance, ésta fue en verdad la única regla discutida de todas las propuestas en el artículo analizado. Así, pronunciándose frente al artículo 15 Proyecto 1980, sostuvo Mir (1980:45) que dicha regla «no ofrece ninguna delimitación conceptual de la consunción: decir que el «precepto penal más amplio» «absorbe a los que castigan las infracciones consumidas en aquél» no aclara qué debe entenderse por el precepto penal *más amplio* ni cuáles son las infracciones *consumidas*. Y para Cobo/Vives (1990:136 y nota 21), la redacción de esta regla «es muy imperfecta», pues, según ellos, «la aplicación de la consunción no presupone la existencia de un precepto «más amplio o complejo», sino de un precepto que contemple de modo más completo –total– el desvalor que pueda asignarse a la conducta», agregando que «la terminología del Proyecto es profundamente inadecuada», ya que «precepto «más amplio» sería el general respecto del especial». Posteriormente, García-Pablos (1993:82) denunciaría que con dicha regla se «redefine y desnaturaliza» la *consunción*. Incluso Bueno Arús (1995:232), quien defendía en general la introducción del artículo 8, sostuvo que «el empleo de conceptos indeterminados (*precepto más amplio o complejo*)» hace su regla 3.^a «tan tautológica como la de la relación de subsidiariedad», previniendo, además, que, en todo caso, «los preceptos *absorbidos* son los que establecen menor pena, no obstante que la ley no lo diga expresamente».

Sin embargo, ahora que el texto se encuentra en vigor, es necesario orientar la crítica hacia una interpretación del mismo que pueda ser operativa. En este sentido, cabe destacar, en primer lugar, al igual que hiciéramos con la regla 2.^a del artículo 8, que parece clara la voluntad del legislador en orden a configurar un lugar conceptual diferenciado para el principio que consagra su regla 3.^a (36), por lo que debemos

(36) Sobre esta regla en particular también se pronuncia GARCÍA-PABLOS (1993:82), para quien, al recogerse en ella el mandato del antes vigente artículo 68 C.P. 1944 –«de peligrosa tendencia expansiva»–, se perdía una oportunidad para «restringir» su ámbito de aplicación.

excluir de antemano que vaya a resolver supuestos completamente regulados por los principios antes expuestos. De ahí que excluyamos los casos de subordinación y de interferencia en que existe una misma propiedad jurídicopenalmente relevante común, abarcados por las reglas de especialidad y subsidiariedad, respectivamente. Pero de entre las restantes relaciones lógicas existentes entre preceptos penales, también debemos descartar que la regla del artículo 8.3.^a se refiera a la de *identidad*, pues aunque sus términos no sean del todo diáfanos, parece indubitable que ellos suponen a los preceptos en juego como *no idénticos*, al entender que uno de ellos ha de ser *más amplio* o *complejo* que el otro, puesto que una cosa que es en cualquier sentido «más» que otra no puede ser «lo mismo» que ésta. Luego, sólo restaría, en términos de relaciones lógicas, que la regla analizada regule casos en que concurren preceptos que se encuentren entre sí en relación de *interferencia*, siempre que ellos no tengan ninguna propiedad jurídicopenalmente relevante en común.

Pero en el apartado anterior acabamos de ver que la regla que parece regular con propiedad estos casos es, en *unidad de hecho*, la del *concurso ideal*. Y cuando se trata de una *pluralidad de hechos*, esto es, de realizaciones típicas que se suceden una tras otra en el tiempo y en el espacio, las reglas aplicables parecen ser las de los artículos 73 y ss. (incluyendo la del art. 77, en tanto regula también el llamado concurso *medial*), y en estos casos *con independencia de las relaciones lógicas* existentes entre los preceptos que regulan dichas realizaciones típicas.

Por tanto, la relación de *consunción* no puede basarse en las relaciones lógicas existentes entre los preceptos en juego. Luego, la disposición en análisis sólo puede referirse a ciertos casos en que exista una determinada relación entre preceptos que justifiquen su inclusión. Y estos casos no pueden ser otros que los de ciertas *relaciones empíricas entre hechos susceptibles de ser calificados por dos o más preceptos*. Estas relaciones no pueden ser la *simple* sucesión temporal de uno tras o otro o su comisión simultánea, presupuestos de aplicación de las reglas de los artículos 73 y 77, respectivamente. Tampoco pueden ser las relaciones de sucesión temporal que se describen el artículo 74, regulador del llamado *delito continuado*. Sobre esta base, cabe ahora buscar en los términos de la regla 3.^a del artículo 8 su ámbito de aplicación.

El Código habla aquí de preceptos «*más amplios* o *complejos*» que otros. Estas voces, aunque no del todo claras o afortunadas, parecen remiten indudablemente a las ideas de *la comprensión* o *absorción* del

hecho sancionado por un precepto penal en la sanción contemplada por otro, como señala la doctrina posterior al C.P. 1995 (37).

Pero esta *comprensión* no puede ser de carácter *lógicoformal*, ya que entonces estaríamos ante un caso de *especialidad lógica*. Luego, sólo podría ser una absorción empírica, cercana al sentido originario que tenía el concepto de *consunción* en la obra de Beling (1925:104), esto es, total comprensión del desvalor de los hechos juzgados por uno solo de los preceptos concurrentes. Claro que con esta fórmula tampoco se gana mucho, pues no nos dice cuándo un precepto absorberá totalmente el desvalor del hecho y cuándo no.

Para resolver este punto resulta, a mi juicio, apropiado recurrir a la idea planteada por Abels (1991:38 ss.) sobre la existencia de un *curso de leyes material*, en el siguiente sentido: *entenderemos que un precepto es «más amplio o complejo» que otro cuando en la regulación de uno o varios hechos la intensidad criminal del hecho o de la parte del hecho que se subsume en él es mayor que la del hecho o de la parte del hecho que se subsume en el precepto «menos amplio», de manera que éste puede verse como un acto meramente acompañante, en sentido amplio, de aquél* (38).

En estos casos, la no aplicación de la pena correspondiente al delito de menor intensidad se justifica, porque al ser hecho copenado *insignificante* en relación al principal, el castigo por éste parece suficiente para señalar tanto al autor como al resto de la población, la reprobación jurídica de su conducta, pareciendo desproporcionado castigar, además, por los hechos acompañantes que, en la consideración del caso concreto, no tienen una significación autónoma (39).

El criterio recién expuesto nos permite, entonces, reunir, dentro del principio de *consunción* de la regla 3.^a del artículo 8 C.P., todos aquellos supuestos en que, no siendo apreciable una relación de espe-

(37) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:491), MIR (1996:27/80), QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:579) y VIVES (1996:70).

(38) En sentido similar, QUINTERO/MORALES/PRATS (1996:579) afirman que, en estos casos, «el injusto *material* de una infracción acoge en sí injustos *menores*, que se sitúan respecto de ella en una relación *cualitativa de inferioridad*» [los subrayados son míos].

(39) La necesidad de una justificación adicional, como la aquí propuesta, había sido puesto ya de manifiesto por CID (1994:59s), ofreciendo él mismo una similar (p. 60 nota 27). En cuanto al principio de *insignificancia*, su operatividad en este ámbito la había anticipado GARCÍA ALBERO (1995:389). Actualmente, VIVES (1996:67), argumenta también con el principio de *proporcionalidad* en favor de la admisión de un concurso de leyes, entendiéndolo como un criterio material y constitucionalmente establecido que justificaría no sólo la aplicación de una de las normas concurrentes en los casos de *consunción*, sino en todos los casos de concurso de leyes.

cialidad o subsidiariedad, debe rechazarse no obstante el tratamiento concursal común porque uno de los preceptos concurrentes regula un hecho que sólo puede considerarse como *meramente acompañante, en sentido amplio*, del que regula el precepto *principal* y desplazante: los llamados *actos anteriores, propiamente acompañantes y posteriores copenados* (40).

De este modo, tal como lo propiciara Cid (1994:56, 58), se reúne en una sola regla del artículo 8 esta serie de casos que comparten en común la característica ya expuesta y que, por su propia naturaleza, no pueden reconducirse a las restantes reglas de dicha disposición ni tampoco ser consideradas dentro de las reglas concursales comunes, constituyendo a veces una excepción a los *concursos medial y real* de los artículos 73 y 77 –*actos anteriores y posteriores copenados*– y otras al *ideal* del 77 –*actos propiamente acompañantes copenados*–.

Naturalmente, al faltar el fundamento lógico de la relación que se trata, y depender ésta de factores empíricos, resultará difícil decidir en cada caso la regla a aplicar, presentándose un serie de supuestos limítrofes que no pueden ser determinados *a priori*. A esta dificultad hay que sumar el hecho de que tampoco es posible establecer *a priori* cuál de los preceptos concurrentes va a ser preferente, ya que esto lo determina sólo la *intensidad relativa* que tenga cada uno de ellos en el caso concreto, debiéndose descartar la tesis que sostiene siempre será preferente la ley más grave, ya que, como hemos dicho, para el Código esta regla sólo es obligatoriamente aplicable a los casos de *alternatividad*, dejando abierta la posibilidad de aplicar o no el mismo criterio en las restantes reglas del artículo 8, incluida la que aquí se analiza, pero ya no basado en la mera comparación de los marcos penales, sino como consecuencia de la afirmación de los requisitos de cada una de las reglas 1.^a a 3.^a en particular (41).

Sin embargo, el desarrollo de la teoría del concurso de leyes en la dogmática española permite, de todos modos, ofrecer una serie de grupos de casos en que se encuentra más o menos consolidada la

(40) En general, admiten actualmente *consunción* en la mayor parte de estos casos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (1996:491), QUINTERO/MORALES/PRATS (1996: 579) y VIVES (1996:70). Por su parte, MIR (1996:27/71s y 75ss) admite la consunción a de la mayor parte de estos casos, pero estima que, tratándose de *actos previos*, operaría el principio de *subsidiariedad tácita*.

(41) Aunque ahora VIVES (1996:70) afirma expresamente la necesidad de que la ley preferente contemple mayor pena que la desplazada, MIR (1996:27/76) reconoce y admite la posibilidad de que la ley preferente contemple una pena inferior a la preferida.

opinión según la cual el precepto que regula un hecho anterior, posterior o simultáneo a otro no puede ser aplicado conjuntamente con aquél en que es subsumible éste. Estos grupos de casos son los siguientes:

3.1.1 *De actos anteriores copenados*

Se comprenden entre ellos:

a) Los que consisten en la realización de una forma de participación en el delito anterior a su ejecución, respecto de ésta, como el paso de la inducción a la coautoría o de la complicidad simple a la necesaria o de todas las mencionadas a la autoría material.

b) Los que consisten en la realización de *tentativas fallidas* de *comisión de un mismo delito* antes de su consumación y en relación a ésta, siempre que se mantenga una misma voluntad criminal y no varíe el objeto material del delito tentado.

c) Los que consisten en actos preparatorios especialmente punibles en relación a la tentativa y la consumación del delito preparado, como p. ej., sucedería entre las disposiciones del artículo 141 y las de los artículos 138.º y 139.

d) Las existentes entre los *delitos de peligro concreto* y los *delitos de lesión a los bienes jurídicos puestos en peligro*, siempre que no sea el caso de apreciar *subsidiariedad*. Esto sucede, por ejemplo, cuando a la puesta en peligro concreto de un determinado estado de cosas o interés, sigue una lesión a otro diferente: en el caso de los delitos relativos al transporte o manipulación de sustancias tóxicas, puede suceder que una primera emanación tóxica ponga en peligro concreto la integridad de un grupo de personas, pero una segunda termine con la vida de una persona diferente a las que se han puesto en peligro con la primera emanación. Aquí, la primera puesta en peligro es *insignificante*, en relación con el resultado lesivo que provocó la segunda.

Además, parece razonable que tratándose de *delitos de peligro abstracto*, cuando en la realidad sólo se ha puesto en peligro al concreto estado de cosas o interés que resulta lesionado, el daño producido pueda considerarse suficiente para excluir la puesta en peligro general, porque éste, en verdad, no se ha producido con carácter *general* (42). Sin embargo, cuando estableciéndose un delito de peligro

(42) A una conclusión similar, pero desde otro punto de vista, llega CID (1994:57), extendiéndola, además, a todos los casos de concurrencia entre delitos de peligro

abstracto, el peligro que en la realidad se produce se extiende a otros estados de cosas o intereses protegidos jurídicamente, parece razonable que, salvo un fuerte argumento en contra, se admita la aplicación de la regulación concursal común, tal como lo manda la disposición del inciso final del artículo 346 que remite *expresamente* a la regulación concursal común la producción de un daño por medio de explosiones u otros estragos similares, y

e) Las existentes entre los llamados *delitos progresivos –de tránsito en la nomenclatura alemana–* y el delito a que conducen: p. ej., lesiones dolosas o culposas de los artículos 147 y ss. a las que sigue un homicidio doloso del artículo 138 o 139.

3.1.2 *De actos propiamente acompañantes típicos o copenados*

Se comprenden entre ellos:

a) Los consistentes en la realización de diversas formas de participación en el delito simultáneas a la ejecución material del mismo, en relación a la autoría. Así sucede con el paso sin solución de continuidad de acciones de complicidad simple a la complicidad necesaria y aún a la autoría material.

b) Los consistentes en hechos de escaso valor criminal que acompañan regularmente la comisión de ciertos delitos, como la falta de daños del artículo 625.1 en que podrían subsumirse los inferiores a cincuenta mil pesetas acompañantes de ciertos delitos de homicidio y lesiones, como serían los que recayeran sobre las ropas o bienes que vistiese o portase el ofendido. Lo mismo cabe decir de los daños que acompañan típicamente la fractura del robo con fuerza del artículo 238.3, en la medida que no se trate de los comprendidos tácitamente en la idea de la fractura (*especialidad por comprensión*). A pesar de sostenerse habitualmente que el daño no quedaría desplazado cuando su pena fuese superior a la del delito que acompaña, no parece de recibo esta afirmación, si se considera que el daño no constituye el objeto delictivo perseguido por el delincuente sino un mero acto acompañante del que se presenta como *principal* en el suceso fáctico: la relación entre hecho principal y hecho acompañante la determina la intesidad criminal en el caso concreto en que se realizan conjuntamente los supuestos de hecho de las normas en juego, no la pena prevista para los sucesos aislados.

abstracto y delitos de resultado, con el argumento de que éste supondría necesariamente la realización de aquél. En todo caso, de admitirse este último argumento, estaríamos en un supuesto de *subsidiariedad*, y no en uno de consunción, al existir una misma propiedad jurídicopenalmente relevante común a los preceptos en juego.

En esta condición puede considerarse también el allanamiento de morada del artículo 202.1, que se encontraría consumido en el delito de robo con fuerza en lugar habitado del artículo 241.1.

3.1.3 De actos posteriores copenados

Se comprenden entre ellos:

a) Los que consisten en el aprovechamiento de los efectos del delito en cuya comisión se ha tomado parte, artículos 299, 301 y 303. En los delitos patrimoniales, y contra lo expresado por un sector de la doctrina alemana, me parece que no puede dejar de entenderse que la destrucción de la cosa sustraída es un *acto posterior copenado*, atendido que nuestro Código habla directamente de la «apropiación» de cosas y ésta, conforme nuestra legislación civil, incluye la facultad de disponer de ellas, facultad que comprende la destrucción de las mismas, salvo en los casos excepcionales de bienes de utilidad social y cultural, penados independientemente por la regla del artículo 289.

b) Los que consisten en el agotamiento de la intención puesta en el delito preferente, como el uso del documento falsificado por parte de quien lo falsifica, artículos 392 y 393.

c) Los que consisten en actos de *autoencubrimiento*, como el uso ilegítimo de vehículo de motor consecutivo a la comisión de otro delito contra la propiedad, artículos 244 y 234 y ss..

Esta lista de *actos anteriores, acompañantes y posteriores* no es, en todo caso, taxativa ni definitiva, porque la regla del artículo 8.3.^a, tal como aquí se entiende, no permite postular una lista de esas características, ya que la cuestión queda entregada en general a la valoración del caso concreto, sirviendo los casos propuestos como guía para decidir si aplicar o no dicha disposición legal, pero en ningún caso como un mandato de obligatorio cumplimiento, ya que lo decisivo en todos estos casos es determinar la verdadera *intensidad criminal* de los hechos en juego, y en particular, el juicio sobre la *insignificancia*, a efectos penales, de uno de ellos en atención a su relación con el o los restantes.

4. CONCLUSIONES

Las ideas hasta aquí expuestas pueden resumirse en las siguientes tesis:

i) A pesar de que el artículo 8 del C.P. 1995 parece regular expresa y exhaustivamente el concurso de leyes, las cuestiones más

relevantes de la institución, como su distinción del resto de las figuras concursales y la determinación de los presupuestos de aplicación de sus principios de solución, ha quedado entregada a la labor del intérprete;

ii) Ambos problemas pueden ser abordados determinando los principios que justifican la preferencia de las reglas del concurso de leyes sobre las concursales comunes. Estos principios son el de *non bis in idem* y el de *insignificancia*;

iii) Conforme al principio de *non bis in idem*, cuando en la concurrencia de dos o más normas, la estimación conjunta de ellas supone necesariamente considerar dos o más veces una misma propiedad del hecho jurídicopenalmente relevante y común a todas las normas concurrentes, estamos ante un caso de concurso de leyes que se resuelve, atendiendo a la relación lógica existente entre las normas en conflicto, *subordinación, interferencia e identidad*, según los principios de especialidad, subsidiariedad o alternatividad, respectivamente;

iv) Aplicando este principio de *non bis in idem*, es posible resolver el complicado problema de la concurrencia entre figuras calificadas y privilegiadas de una misma básica, recurriendo a un único principio de solución del concurso de leyes, el de *subsidiariedad tácita*, pues en ambos casos existe una relación lógica de *interferencia* en que *las normas concurrentes comparten al menos una propiedad jurídicopenalmente relevante en común* (la que constituye la figura básica). En estos casos, a falta de una norma expresa en el artículo 8.2.^a del C.P. que establezca cuál de las figuras concurrentes ha de ser preferente, se ha de considerar preferente la norma más calificada, si sólo concurren figuras calificadas; o la más atenuada, si lo hacen éstas con aquéllas; según los principios que se derivan del tratamiento que el C.P. dispensa a la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal;

iv) Y según el principio de *insignificancia*, cuando en la concurrencia de dos o más normas, la intensidad criminal (fáctica) de uno o varios hechos o de la parte del hecho subsumible en una o varias de las normas concurrentes es *insignificante* respecto al hecho o la parte del hecho que aparece (fácticamente) como *principal*, estamos ante un concurso de leyes que se resuelve conforme al principio de consunción, el cual impone estimar preferente la norma principal, desplazando a la que aparece, por su insignificancia, como meramente acompañante (actos anteriores, posteriores y propiamente acompañantes copenados).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELS, Peter (1991), *Die «Klarstellungsfunktion» der Idealkonkurrenz*, Marburg, 1991.
- AGULLÓ AGÜERO, Antonia (1987), «“Non bis in idem”», contrabando y tráfico de drogas», en BOIX R., J. y otros (eds.): *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas*, Valencia 1987, 138.
- BAJO, Saturnino (1891), «Artículo 90 del Código pena»1, en *RT*, 1891, 314.
- BELING, Ernst (1906), *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen 1906.
- (1925), *Grundzüge des Strafrechts*, 8. Aufl., Tübingen 1925.
- BOBBIO, Norberto (1970), «Sui criteri per risolvere le antinomi», en *del mismo: Studi per una Teoria Generale del Diritto*, Torino 1970, 95.
- BUENO ARÚS, Francisco (1995), «La teoría de la ley penal en el proyecto de código penal español de 26 de septiembre de 199», en *AP* 1995, 227.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL Malarée, Hernán (1994), «Manual de derecho penal», *PG*, 4.ª ed., Barcelona 1994.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1986), «¿Parricidio alevoso o asesinato de parientes? (Comentario a la STS de 4 de marzo de 1986)», en *ADPCP* 1986, 993.
- CID MOLINE, José (1994), «Notas sobre las definiciones dogmáticas de concurso de delitos», en *ADPCP* 1994, 29.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1990), «Derecho penal», *PG*, 3.ª ed., Valencia 1990.
- CÓRDOBA Roda, Juan (1972), «Comentario a los artículos 68 a 71 Cp 1944», en *el mismo/RODRÍGUEZ MOURULLO, G./TORO Marzal, A. del/CASABÓ Ruíz, J.: Comentarios al Código penal t. II*, Barcelona 1972.
- CUERDA Riezu, Antonio (1991), «El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990», en *ADPCP* 1991, 621.
- (1992), *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid 1992.
- DÜNNEBIER (1954), «Die Subsidiaritätsklausel», en *GA* 1954, 271.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio Manuel (1992), «¿Parricidio o asesinato?», en *PJ* 25 (1992), 163.
- GARCÍA ALBERO, Ramón (1995), *Non Bis in Idem Material y Concurso de Leyes Penales*, Barcelona 1995.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (1992), «Proyecto de Código penal de 1992: parte general (teoría jurídica del delito)», en *Revista ICADE* 29 (1993), 57.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1972), «Inducción y auxilio al suicidio», en *del mismo: Estudios de derecho penal*, Madrid 1976, 163. Publicado por primera vez en *Revista de Ciencias Penales* (Chile) 1972, 21.
- (1990), «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», en *ADPCP* 1990, 421.
- (1992), «Concurso de leyes, error y participación en el delito (a propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)», en *ADPCP* 1992, 833.

- GRACIA MARTÍN, L. (1993), *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia 1993.
- GUALLART DE VIALA, Alfonso (1990), «Parricidio-asesinato: ¿concurso de leyes o concurso ideal de delitos?», en *AP* 1990-II, 401.
- HONIG, Richard (1927), *Straflose vor-und Nachtat*, Leipzig 1927.
- HUERTA, Cesáreo (1898), «Reformas urgentes en el código penal», en *RT*, 1898, 17.
- KLASS, Gerhard (1960), *Das Zusammentreffen von Qualifizierten und Privilegierten Delikten, unter besonderer Berücksichtigung der Eigentumsdelikte*, Tesis doctoral, Frankfurt 1960.
- KLUG, Ulrich (1956), «Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz», en *ZStW* 68 (1956), 399.
- KOCH, Hans-Jörg (1960), «Sondergesetz, Subsidiaritätsklausel und Sicherungsmassregel», en *GA* 1960, 1.
- KÖHLER, August (1900), *Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, München 1900.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego/GARCÍA ARÁN, Mercedes (1996), *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996.
- MAURACH, Reinhart (1954a), *Deutsches Strafrecht*, AT, Karlsruhe 1954.
- (1954b), «Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda», en *Materialien zur Strafrechtsreform Bd. I*, Bonn 1954, 249.
- MAYNAR BERNALES, Manuel (1906), «El artículo 90 del código penal», en *RT* 1906, 741.
- MIR PUIG, Santiago (1980), «Observaciones a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código penal», en *RFDUC* monográfico 3 (1980), 39.
- (1988), «Sobre la relación entre parricidio y asesinato (comentario a las STS de 4.3.1986, 29.9.1986 y 31.10.1987)», en *ADPCP* 1988, 988.
- (1992), «Addenda a “sobre la relación entre parricidio y asesinato”», en Mir p. y otros: *Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona 1992, 179.
- (1996), «Derecho penal», *PG*, 4.^a ed., Barcelona 1996.
- MONZÓN Y RODRÍGUEZ, Rafael (1906), «Reforma del artículo 90 del Código Penal», en *RT* 1906, 727.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes (1996), «Derecho Penal», *PG*, 2.^a ed., Valencia 1993.
- ORTS BERENGUER, Enrique (1977), «Inhumaciones ilegales e infanticidio», en *Delitos contra la salud pública*, Valencia 1977, 415.
- (1985), «Alternatividad expresa», en *CLP* V, 2.^o (1985), 691.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique (1991), *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid 1991.
- PUPPE, Ingeborg (1982), «Funktion und konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz», en *GA* 1982, 143.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1996), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona 1996.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín/PRATS CANUT, J. Miguel (1996), «Curso de Derecho penal», *PG*, Barcelona 1996.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (1986), «La relación concursal parricidio-asesinato después de la reforma de 1983», en *La Ley* 1986-4, 350.
- SAINZ DE ROBLES, Celia (1989), «El artículo 240bis a), del Código Penal», en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Sánchez Fernández Albor*, Santiago de Compostela 1989, 651.
- SANZ MORÁN, Ángel (1986), *El concurso de delitos, aspectos de técnica legislativa*, Valladolid 1986.
- (1989), «Alternatividad de leyes penales», en *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Sánchez Fernández Albor*, Santiago de Compostela 1989, 663.
- (1995), «El concurso de delitos en la reforma pena»¹, en *Cuadernos Jurídicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1995.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst/STREE, Walter (1991), «Comentarios previos a los §§ 38 y ss. y 52ss., y comentarios al § 73 StGB», en Schönke, Adolf/Schröder, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24. Aufl. München 1991.
- SEIR, Jürgen, (1983), «Die Gesetzeseinheit und ihre Rechtsfolgen», en *Jura* 1983, 225.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (1996), «Comentario al artículo 8 Cp 1995», en *del mismo (de.): Comentarios al Código penal de 1995, vol. I*, Valencia 1996.
- VOGLER, Theo (1985), «Comentarios previos al § 52 StGB», en *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., Berlin 1985.

Estafa y fraude tributario: ¿convergencia o divergencia
en los fundamentos para su tipificación?
Análisis desde el Derecho español y portugués *

MARIO MONTE FERREIRA

Profesor de Derecho penal. Universidade do Minho (Portugal)

1. EL PROBLEMA

No es extraño que, cuando se analiza el delito de defraudación tributaria, procurando caracterizarlo jurídico-dogmáticamente y político-criminalmente, se establezcan comparaciones con el delito de estafa (1). Éste se presenta como un paradigmático tipo patrimonial.

* El presente texto tiene como base un apartado de la Tesis de doctorado que el autor presentó sobre la «¿Legitimación del Derecho penal tributario? En particular, el ejemplo del delito de facturas falsas desde el Derecho portugués», al cual efectuó significativas modificaciones para adecuarlo a la presente publicación. Abreviaturas principales: CPE, Código Penal español; CPPort, Código Penal portugués; RGIT, Régimen General de las Infracciones Tributarias (portugués).

(1) Así: BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, Madrid, 2001, pp. 221 y ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, Valencia, 1997, p. 16; VALLE MUÑOZ, «La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el artículo 307 del nuevo Código Penal», en *ADPCP*, 1995, p. 759; MARTÍN LÓPEZ, «Nueva decisión del Tribunal Supremo en el delito fiscal (STS 27 de diciembre de 1990)», en *PJ*, n. 23, 2.^a época, septiembre, 1991, p. 142; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia, 1999, p. 331; SILVA SÁNCHEZ, en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, 1999 pp. 122 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «El elemento “fraude” en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en SILVA SÁNCHEZ (dir.) *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes en la actividad económico-empresarial*, Madrid/Barcelona, 2003, p. 91; FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, «O crime de fraude fiscal no novo Direito penal tributário português (Considerações sobre a factualidade típica e o

Pero tal conclusión no puede predicarse fácilmente con respecto del delito de defraudación tributaria. Sin embargo, tampoco se puede negar tal posibilidad sin analizar antes debidamente las diversas cuestiones implicadas. Intentaremos saber cuáles son los aspectos comunes y específicos existentes entre los delitos de estafa y defraudación tributaria, con el fin de comprender y justificar una tipificación distinta y separada. La cuestión gana relieve sobre todo cuando percibimos que en el Derecho comparado existe una cierta homogeneización del tipo de estafa, algo que sin embargo no se percibe en los delitos tributarios. El modo como son formulados los tipos tributarios difiere, según los ordenamientos, comenzando ya por las posturas sobre el bien jurídico protegido. A ese propósito basamos nuestro estudio en los Derechos portugués y español, más concretamente el análisis de los artículos 252 y 305 CPE, por un lado, y 103 RGIT y 217 CPPort, por otro.

2. ASPECTOS DISTINTIVOS, A PESAR DE LA PROXIMIDAD

a) *El problema de la diferencia entre el patrimonio particular y el patrimonio del Estado*

1. Sin duda, el bien jurídico protegido mediante la estafa es el patrimonio (2). Hay, sin embargo, quien entiende que se trata únicamente del patrimonio particular y no del patrimonio estatal. Por lo que, de ser así, se diferenciarían ya en este punto (3). Esta diferencia

concurso de infracções)», en *RPCC*, año 6, fasc. 1.º, enero/marzo, 1996, p. 101; SILVA DIAS, «Os crimes de fraude fiscal e de abuso de confiança fiscal: alguns aspectos dogmáticos e político-criminais», en *CTF*, n. 394, 1999, p. 51; GIANCARLO DE VERO, en AA.VV., *Diritto penale tributario*, a cura di GIOVANNI FIANDACA/ENZO MUSCO, 2.ª ed., Milano, 1997, pp. 194 y ss.

(2) En este sentido, con una interesante exposición sobre la evolución de la noción de patrimonio a efectos del bien jurídico en la estafa, véase por todos PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 29 y ss.

(3) HELENA MONIZ, «Facturas falsas-burla ou simulação fiscal?», en AA.VV., *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. II, *problemas especiais*, Coimbra, 1999, p. 359, por ejemplo, a propósito del delito de estafa y del delito de fraude fiscal, nos dice: «El bien jurídico-penal que en última instancia protege el derecho penal fiscal, en lo que respecta al tipo de fraude fiscal, es el *patrimonio del Estado*» (la cursiva es nuestra). Y más adelante: «No obstante, se puede decir que el artículo 23 [del RJIFNA] no tiene por objetivo proteger el patrimonio de los particulares, pues parece ser éste el bien jurídico protegido por el tipo legal de estafa, previsto en el artículo 313 del CP [art. 313 del CP anterior, dado que ahora se trata del 217 que, en lo que aquí interesa, son semejantes]. Por tanto, no se podrá decir que

se pone de relieve sobre todo para las tesis que ven en el patrimonio el bien jurídico de los delitos contra la Hacienda pública (4). Históricamente, el delito de estafa aparece para dar respuesta a relaciones entre particulares (5). El bien jurídico era entonces individual y concreto. Por lo demás, el Código Penal se orientaba a dar protección a este género de intereses. No podemos olvidar que estamos hablando del Derecho penal clásico, de cuño liberal, en el que imperaba la tutela de bienes jurídicos individuales. Así, no sería impropio decir que el tipo fue concebido pensando en relaciones entre particulares, en las que se pretendía proteger, a través del Derecho penal, el patrimonio, como bien jurídico digno de tutela, siempre que aquél fuese

ambos dispositivos protegen el mismo bien jurídico». En el Derecho español, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal*, p. 219, también se refieren a la posibilidad de que haya semejanzas a propósito del bien jurídico, partiendo del patrimonio. Así, afirman que el «bien jurídico protegido en el delito fiscal es –según la doctrina dominante– el patrimonio, igual que en los delitos de estafa, si bien se trata de un patrimonio concreto, el Erario Público». Añaden (*op. cit.*, p. 219) que es «el patrimonio de las Haciendas públicas el bien jurídico directamente protegido por la ley y lesionado por el delito». Pero observan que la «trascendencia que para el orden económico, y la política económica de un gobierno tiene el delito fiscal, ha provocado cierto rechazo doctrinal en lo que respecta al paralelismo que se quiere encontrar entre el delito fiscal y el delito de estafa, concretamente en lo relativo al bien jurídico protegido», siendo cierto que, para estos autores, «el delito fiscal, no es una forma de estafa caracterizada por perjudicar al Erario Público, sino un delito totalmente distinto aunque con fórmulas engañosas o de fraude que necesariamente lo asimilan en algunos aspectos a la estafa».

(4) Véase APARICIO PÉREZ, *El delito fiscal a través de la jurisprudencia*, Pamplona, 1997, pp. 50 y ss., que indica autores como BAJO FERNÁNDEZ, CÓRDOBA RODA, DEL POZO LÓPEZ, ARNAU ZOROA, DE LA PEÑA VELASCO, RODRÍGUEZ DEVESA y RODRÍGUEZ MOURULLO, como defensores de la tesis patrimonialista. GRACIA MARTÍN, *Las infracciones de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal*, Madrid, 1990, p. 50, da cuenta de que un «amplio sector de la doctrina española, que en los momentos actuales no puede ya considerarse mayoritario, entiende que el bien jurídico protegido por los delitos contra la Hacienda pública, en general, y por los delitos tributarios, en particular, es el patrimonio del Erario público, con la matización de que dicho patrimonio se caracterizaría, frente a los particulares, por su afectación a la satisfacción de necesidades colectivas, es decir, por su funcionalidad para el orden socioeconómico». BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal*, p. 218, afirman que según la doctrina dominante el bien jurídico protegido en el delito fiscal es «el patrimonio, igual que en los delitos de estafa, si bien se trata de un patrimonio concreto, el Erario Público». Igualmente véase BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, p. 556. En relación a la jurisprudencia, SIMÓN ACOSTA, *El delito de defraudación tributaria*, Pamplona, 1998, p. 24, nos da cuenta de que el «Tribunal Supremo se ha alineado con la doctrina mayoritaria que considera el delito como delito contra el patrimonio (...)».

(5) Así lo indica la Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia portugués, de 3 de octubre de 1996, en *Colectânea de Jurisprudência*, año IV, t. III, 1996, p. 155.

lesionado por una conducta como la que configura la estafa (6). Por ello, cabe admitir que cuando se contempló el delito de estafa, no se estaba teniendo en cuenta el patrimonio del Estado. Con esto estamos de acuerdo.

2. Sin embargo, también es verdad que más recientemente adquieren importancia intereses que hace muy poco tiempo no tenían tanta. El impuesto, su función, alcanza hoy una importancia que no tenía en otros tiempos. No nos parece enteramente correcto, por eso, excluir del tipo de estafa la posibilidad –aunque no implique todavía la necesidad– de que se tutele el patrimonio del Estado. En realidad, ni siquiera los preceptos legales lo excluyen expresamente, ni será admisible darlo por supuesto en la letra de la ley. En efecto, al analizar los diversos preceptos, sobre todo en los Derechos portugués y español (7), no encontramos ninguno que afirme expresamente que sólo el patrimonio de los particulares esté protegido o que excluya el patrimonio del Estado (8). Por lo que la conclusión de que el tipo de estafa sólo sirve para tutelar el patrimonio de particulares no encuen-

(6) SILVA SÁNCHEZ, en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación*, p. 99, n. 46, citando QUINTANO y LACKNER, destaca que se suele «aludir a que la configuración del delito de estafa constituye un producto del liberalismo capitalista y burgués del siglo XIX».

(7) El artículo 217 del CPPort establece: «1. Quienes, con la intención de obtener para sí o para tercero enriquecimiento ilegítimo, por medio de error o engaño sobre hechos que arteramente provocó, determinar otro a la práctica de actos que le causen, o causen a otra persona, perjuicio patrimonial es punido con pena de prisión hasta 3 años o con pena de multa. 2. La tentativa es punible. 3. El procedimiento criminal depende de denuncia. 4. Es correspondientemente aplicable el dispuesto en el artículo 206 y en la línea a) del artículo 207». Por su turno, el artículo 248 del CPE dice: «1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo en perjuicio propio o ajeno. 2. También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero».

(8) En este sentido, con el que estamos de acuerdo, en relación al Derecho español, está SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «El elemento “fraude”...», p. 96: «Sin embargo, cabe dudar de que quede excluido el patrimonio público del delito de estafa, porque la propia Ley parece admitirlo –al referirse a bienes que integran el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico (art. 250.1.5.º CP)–, y no lo impide en otros delitos patrimoniales –como en el delito de hurto (art. 253.1 y 2 CP). Así parece reconocerlo jurisprudencia más reciente: el delito de estafa protege también el patrimonio público. En consecuencia, dicho patrimonio no impediría la existencia de un delito de estafa». De esta jurisprudencia nos da cuenta también GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, Valencia 1996, pp. 82 y 83, n. 114, al mencionar la posibilidad de aplicación del delito de estafa a un caso en el que no exista fraude de subvenciones. Se refiere a la STS de 10 de julio de 1992 (RJ 1992, 6379), ponente Martín Pallín.

tra fundamento legal (9). No queda entonces del todo claro por qué la total imposibilidad de recurso al tipo legal estafa para la tutela del patrimonio estatal (10). Sin embargo, podría decirse que, a pesar de que el patrimonio del Estado también se comprende en la letra de la ley (en la letra del tipo de estafa) no se adecua a su espíritu. Precisa-

(9) No nos parece que lo podamos defender doctrinalmente con seguridad. En Portugal, el reciente estudio de ALMEIDA COSTA, «Artigo 217 (Burla)», en FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial*, T. II, Coimbra, 1999, pp. 277 y ss., en anotación al tipo de estafa portugués, nos permite mantener nuestra posición. Así, el autor, además de enunciar las perspectivas sobre el patrimonio, a saber, la jurídica, económica y económico-jurídica, lo hace en oposición a una teoría «personal» o «personalista» del patrimonio. Aunque el autor no lo diga, pensamos que la adhesión a esta última teoría significaría una restricción de la noción de patrimonio hasta la exclusión del patrimonio del Estado, dada su natural incompatibilidad. Pero a partir del momento en que aceptamos las concepciones de cariz más jurídico-económico, nos parece que no podemos excluir el patrimonio del Estado. Además, como el autor refiere (*op. cit.*, p. 281), «la definición del contenido del patrimonio deviene, no sólo del *derecho privado*, sino también del *derecho público* en la parte en que éste regula la atribución de prestaciones de carácter económico (v.g., subsidio de desempleo, pensión de jubilación, subsidios de familia, otras contribuciones de la seguridad social, contribuciones a gastos de salud o educación)». Bien sabemos que el autor no se refiere expresamente a los créditos del Estado. Pero su razonamiento, además de no excluir esta lectura, refuerza nuestra convicción de que tales créditos no están excluidos. Finalmente, el autor (*op. cit.*, p. 282) sugiere un «concepto jurídico-penal de patrimonio construido en la base de una *casuística que, empezando de la citada teoría “económico-jurídica”, tiende a circunscribir las posiciones merecedoras de tutela a la luz de la particular teleología del derecho criminal*» (negrita y cursiva del autor). Sin pretender subvertir su pensamiento, pensamos que la defensa del patrimonio del Estado puede ser merecedora de la tutela penal si la ofensa se produce por medio de la estafa. Otra cosa es que sea la estafa la figura delictiva para hacerlo. Esa es otra cuestión. Es decir: una cuestión es saber si la noción de patrimonio prevista en la ley y defendida doctrinalmente excluye el patrimonio del Estado, cuestión a que respondemos negativamente, o sea, no lo excluye; otra cuestión es la de saber si la estafa es la figura adecuada para producir la defensa del Estado, cuestión a la que, como veremos, se tiene que responder negativamente, o sea, no es la más adecuada. En este punto estamos de acuerdo con NOGUEIRA DA COSTA, «Facturas falsas», en *RMP*, n. 65, año 17, enero-marzo, 1996, p. 111, que admite claramente que el patrimonio del Estado puede ser protegido por el tipo de estafa del CPPort –porque se protege también los derechos de crédito. Sin embargo, disintimos de este autor cuando insiste en aplicar este tipo a un caso de facturas falsas, repudiando la aplicación del tipo fiscal.

(10) Por ejemplo, a este propósito hay que subrayar el razonamiento de SILVA DIAS, «Os crimes...», p. 47, al referirse al Derecho portugués y al concluir que será el patrimonio del Estado junto con los deberes de colaboración los que funcionan como intereses a proteger. Hay que decir a este propósito, en relación al Derecho alemán, que es sintomático que SIMON/VOGELBERG, *Steuerstrafrecht*, Stuttgart, 2000, p. 16, digan que tampoco parecen existir dudas de que las situaciones de eventual estafa al Estado, cuando se refiere a intereses de la Hacienda Pública, serán tuteladas por el § 370 de la AO, y no por el § 263 del StGB.

mente porque las razones que dictaron la aparición de aquel tipo habrán sido otras, no la defensa del patrimonio del Estado. Los intereses en juego, estatales, apelan, de esta forma, a una defensa más adecuada, específica.

3. En realidad, en los delitos tributarios, además del patrimonio, también está en juego la defensa de una institución. Como explica Silva Sánchez, en los delitos contra la Hacienda Pública se exige un engaño bastante, lo que reporta exigir un *minus* de injerencia en la esfera jurídica ajena, precisamente porque se trata de la existencia «de instituciones que deben ser protegidas» (11). Según el autor, esto significa una «hiperprotección del patrimonio público, que se pretende fundamentar en el carácter funcional-institucional de éste (su orientación al cumplimiento de fines económicos y sociales esenciales)» (12). ¿En qué se concreta dicha idea?

4. Para nosotros se concreta precisamente en la función del tributo, la función de realización de fines públicos, de justicia distributiva, aquello que constituye el bien jurídico mediato o inmaterial a proteger en los delitos tributarios. Efectivamente, como bien jurídico, materialmente, se halla el patrimonio de la Hacienda Pública, concretado en el cobro tributario y el respeto de los deberes de colaboración con la Administración que este cobro implica. Pero para nosotros, *por encima de todo*, inmaterialmente, lo más importante es la *función* que el tributo está llamado a cumplir, es decir, la realización de los fines públicos, sobre todo de justicia social (13). De ahí que no estemos frente a una protección patrimonial *tout court*, sino ante una *protección funcional-institucional* en que, además del patrimonio, se busca garantizar la

(11) SILVA SÁNCHEZ, en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación*, pp. 138 y 139. Está en contra MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en Díez RIPOLLÉS *et al.* (Editores), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Madrid, 2002, p. 426, al decir que «nunca puede hablarse del delito de defraudación tributaria como un “minus de injerencia en la esfera jurídica ajena”, dado que en realidad es un *aliud* con lesividad propia que, por tanto, no es directamente ponderable con el delito de estafa» (comillas y cursiva del autor).

(12) SILVA SÁNCHEZ, en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación*, p. 139.

(13) Tendemos así a aproximar nuestra posición a la de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Madrid, 1995, p. 25, según la cual existiría un bien jurídico inmediatamente protegido, que sería el «patrimonio de la Hacienda Pública», concretizado en la «recaudación tributaria», y otro, mediato o inmaterial, que estaría integrado y representado por las funciones que el tributo está llamado a cumplir, o sea, la realización de fines públicos. Véase igualmente MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte especial*, p. 329.

tutela de las funciones institucionales del tributo (y consecuentemente de la propia Hacienda Pública). Esta faceta funcional-institucional es la que marca la diferencia y la que provoca que no sólo se encuentre afectado el patrimonio, aunque sea público, sino también la función institucional del tributo, lo que requiere una protección adecuada. Aunque no defienda una tesis funcionalista, ni tampoco patrimonialista, relativa al bien jurídico en los delitos tributarios, cabe subrayar a este propósito algo que aborda Silva Sánchez: «la excepcionalidad del modelo de protección de las Haciendas públicas frente al “modelo de la estafa”» (14). Dicho autor defiende que «la excepcionalidad de estas figuras [delitos como el de defraudación tributaria, el fraude a la seguridad social, el fraude de subvenciones y los fraudes comunitarios] tratará de fundamentarse desde perspectivas *institucionales*» (15). Al ser el carácter funcional-institucional lo que está en juego, es obvio que no será relevante únicamente una conducta individual, sino el conjunto de conductas susceptible de provocarlo (16). De aquí la idea de daño acumulativo (17), relevante para la criminalización del fraude fiscal, pero que no excluye, una vez criminalizada la conducta, la legitimidad de la intervención penal por sí misma. Aunque de modo no enteramente convergente, para nosotros la idea del carácter funcional-institucional es relevante. Justamente porque si es cierto que nuestra posición parte del principio de que es la *función* del tributo lo que merece tutela penal, la verdad es que la función sólo justifica una tal tutela, no porque esté en juego el patrimonio público, sino porque ella consiste en la realización de fines públicos, sobre todo de justicia social, vinculados al ejercicio de una institución.

5. Así, en síntesis, cabe afirmar que, aunque no sea desproporcionado *ab initio* integrar el patrimonio público en la defensa del

(14) SILVA SÁNCHEZ, en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación*, p. 139.

(15) *Idem*, p. 122.

(16) Una idea también defendida por SILVA SÁNCHEZ, en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación*, pp. 139 y ss., así como en *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 2001, pp. 104 y ss., que llama la atención en el hecho de que normalmente, de forma un poco extraña, no sea esta dimensión institucional la que fundamenta la excepcionalidad del modelo de protección de las Haciendas públicas frente al modelo de la estafa, lo cual debería hacerse dado que «la referida dimensión constituye el fundamento de la ruptura en este ámbito con el modelo de la estafa».

(17) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 127. Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, «¿Política criminal “moderna”? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español», en *AP*, n. 23, 1998, pp. 443 y ss. En contra, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «Algunas reflexiones...», pp. 417 y ss., en especial, p. 424 y nota 82.

patrimonio del modelo de la estafa, por estar también en juego el carácter funcional-institucional del sistema tributario y porque éste gana relevancia cuando varias conductas le pueden afectar, tiene todo el sentido pensar y ubicar el delito de defraudación tributaria fuera del ámbito de la estafa y como un delito específico. Esta idea la entenderemos mejor cuando analicemos el Estado como víctima del delito de estafa (cfr. *infra*, 3).

b) *La cuestión del enriquecimiento ilegítimo o de la no disminución del patrimonio del infractor*

1. El Supremo Tribunal de Justicia portugués, en su decisión de 15 de diciembre de 1993, entendió que en el fraude fiscal no se exige el enriquecimiento ilegítimo, sino simplemente «una no disminución del mismo patrimonio», o sea, una no disminución del patrimonio del contribuyente traducida en el impago del impuesto. Vistas así las cosas, y partiendo del presupuesto de que, generalmente, en el delito de estafa el elemento típico es el ánimo de lucro y la obtención de un enriquecimiento ilegítimo del agente mediante engaño, parece que deberíamos rechazar el delito de estafa en tal situación (18). Nada más lejos de la realidad. Como bien dice Helena Moniz (19), en este caso, a la no disminución del patrimonio siempre corresponderá un enriquecimiento. Sobre todo, en nuestra opinión, si esta no disminución es ilegítima, como es el caso del fraude fiscal. En efecto, si el contribuyente satisface sus obligaciones fiscales, pagando el respectivo impuesto, disminuirá su patrimonio, mientras que el Estado verá su patrimonio enriquecido. Al no efectuar el pago, el contribuyente está reteniendo en su patrimonio una cuantía en contra de lo que debería efectuar legalmente, y que no efectúa. El contribuyente está así enriqueciendo su patrimonio. En efecto, tras la operación fraudulenta, sale ganando algo que no debería haber ganado, acaba por obtener un lucro que no debería lograr.

2. Además, desde otra perspectiva, sobre todo con la entrega de facturas falsas, al contribuyente también se le devuelve indebidamente una cuantía referente a impuestos supuesta y falsamente pagados. Entonces, sin duda, el contribuyente ve aumentado su patrimonio a costa del empobrecimiento ilegítimo del patrimonio del Estado. Por

(18) Así lo entiende SÁ GOMES, *Evasão fiscal, infracção fiscal e processo penal fiscal*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 177, Lisboa, 1997, p. 100. Para este autor, el infractor procura la afectación del patrimonio del Estado y no, como sucede por regla general en los delitos comunes, un enriquecimiento a costa del Estado.

(19) HELENA MONIZ, «Facturas falsas...», p. 357.

tanto, también en este caso, si no atendiéramos a más requisitos, se podría aplicar el delito de estafa a una situación de fraude fiscal (20).

3. Claro que razonamos con los instrumentos tradicionales y estamos presuponiendo que el delito tributario constituye un *delito de resultado*. Sin embargo, no está de más, a este propósito, recordar que normalmente el fraude tributario, a diferencia de lo que sucede con la estafa, se puede entender como *delito de peligro* (21), en cuyo caso ni siquiera sería correcto integrar tal conducta en el modelo tradicional de la estafa (22). Pero continuemos con el análisis de otro problema, que nos ayudará a comprender mejor el presente.

c) *Consideraciones sumarias sobre el bien jurídico per se*

1. Como se ha visto, el patrimonio es el bien jurídico protegido en el delito de estafa. Para nosotros, esto no excluye, en abstracto, la posibilidad de conceder protección al patrimonio del Estado en situaciones como las que configuran el delito de defraudación tributaria (23). Sobre todo, estamos pensando en situaciones en que se llega a causar un resultado lesivo para el patrimonio. Decir esto es admitir algo que no se puede confundir con una posición de fondo sobre el bien jurídico. Es decir, con esto no estamos admitiendo que el bien jurídico en el fraude fiscal sea el patrimonio.

2. Ya hemos expresado de *lege ferenda* nuestra posición sobre el bien jurídico (24). Aceptamos que se defienda el patrimonio como

(20) Desde ya cabe subrayar que en Portugal la presentación de facturas falsas y consecuente devolución indebida de cantidades es un delito que encuentra acogida en el tipo de fraude fiscal, previsto en el artículo 103 de RGIT, y que en España la situación podría hallar acogida en el artículo 305 CPE, en la modalidad de «devoluciones indebidas».

(21) Como acertadamente refiere SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «El elemento “fraude”...», p. 122, en la defraudación tributaria, «más que de *perjuicio* al patrimonio, se resalta una puesta en peligro (más o menos concreta) de las funciones que el tributo viene a cumplir».

(22) Sobre el asunto véase, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación*, p. 138.

(23) Cfr. *supra* 2.a).

(24) Cfr. *supra* 2.a), apartado 4. Sobre el bien jurídico en el delito de defraudación tributaria véase, en el Derecho español: BACIGALUPO ZAPATER, «El delito fiscal», en DEL ROSAL BLASCO (ed.), *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, p. 82, al igual que en su «El nuevo delito fiscal», en AP, n. 45, 1995, pp. 884 y ss., y en su «comentario», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1997, p. 3098; APARICIO PÉREZ, *El delito fiscal*, pp. 50 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, p. 556; GRACIA MARTÍN, *Las infracciones*, pp. 50 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal*, p. 218; SIMÓN ACOSTA, *El delito de defraudación*, p. 24; MORAL GARCÍA, en SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.), *Código Penal de 1995 (Comen-*

bien jurídico material, pero entendemos que, *por encima de todo*, está la necesidad de proteger la *función del tributo*. Es por esto que tiene sentido conceder protección al patrimonio. El patrimonio estatal, como suma de los ingresos tributarios, junto a otros bienes, sólo merece protección penal porque tiene una función: la realización de finalidades públicas, de justicia distributiva y social. Hay así una *vertiente funcional-institucional* y no sólo patrimonial a tener en cuenta.

3. Sin duda, el patrimonio asume una importancia decisiva cuando se intenta aplicar un tipo como es el de estafa para sancionar conductas tributarias irregulares. La cuestión recurrente es clara: si no existiera un tipo autónomo que protegiera los intereses fiscales, y al haberse realizado el tipo de estafa, ¿dejaría de sancionarse el delito, sólo porque están en juego intereses fiscales? Claro que no. Si hemos admitido que el bien jurídico en su vertiente material es el patrimonio, si el patrimonio del Estado cabe en el ámbito del tipo de estafa y si el Estado puede ser considerado sujeto pasivo a efectos del tipo de estafa, es decir, si está realizado el tipo de estafa, entonces parece claro que puede y debe sancionarse a través de este tipo.

4. Pero esto no significa una adhesión a una perspectiva que prescinda de la vertiente funcional-institucional de los delitos fiscales.

tarios y jurisprudencia), Granada, 1998, p. 1429; MARTÍNEZ PÉREZ, *El delito fiscal*, Madrid, 1982, pp. 209 y ss., al igual que en su «El delito de defraudación tributaria tras la reforma de 1985: estado actual de la doctrina y jurisprudencia», en *PJ*, n. 5, 1987, p. 117, y en su *Derecho penal económico. Parte especial*, p. 323; en su «El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria», en *EPC*, XVIII, 1995, pp. 157 y ss., en su *Los delitos*, p. 25, en su *Derecho penal económico. Parte especial*, p. 329, en su *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, 1998, pp. 90 y ss., e igualmente en «Algunas reflexiones...», pp. 420 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Presente y futuro del delito fiscal*, Madrid, 1974, p. 44, 51 y ss.; LANDROVE DIAZ, «Las infracciones tributarias ante el Derecho penal español», en *ADPCP*, 1971, p. 94; PÉREZ ROYO, *Los delitos*, pp. 64 y ss.; GRACIA MARTÍN, «Nuevas perspectivas del Derecho penal tributario (las “funciones del tributo” como bien jurídico)», en *AP*, 1994, pp. 203 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, «El delito de defraudación tributaria», en COBO DEL ROSAL (dir.)/BAJO FERNÁNDEZ (coor.), *Comentarios a la legislación penal*, t. XVIII, Madrid, 1997, p. 104, al igual que en su «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en BAJO FERNÁNDEZ *et al.*, *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, vol. II, Madrid, 1998, p. 597; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ, *Todo sobre*, pp. 20 y ss.; GALLEGO SOLER, *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal*, Tesis doctoral, Barcelona, 2001, pp. 689 y ss. En el Derecho portugués: ALFREDO DE SOUSA, «Direito penal fiscal ð uma prospectiva», en AA.VV., *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. II, *Problemas Especiais*, Coimbra, 1999, p. 170; HELENA MONIZ, «Facturas falsas...», pp. 358 y 359; CASALTA NABAIS, *Direito fiscal*, 2.^a ed., Coimbra, 2003, pp. 436 y ss.; SILVA DIAS, «Crimes e contra-ordenações fiscais», en AA.VV., *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. II, *Problemas especiais*, Coimbra, 1999, p. 445; y FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, «O crime de fraude fiscal...», pp. 75 y 79.

Significa la aceptación de la protección de los intereses de la Hacienda con los medios que existen. Con todo, cuando intentamos proteger de forma autónoma y adecuada los intereses de la Hacienda, entonces el patrimonio tiene que ser visto igualmente de forma adecuada. En unos casos el patrimonio tendrá una defensa *sui generis*; en otros al patrimonio tendrá que añadirse algo más que caracteriza los delitos tributarios.

5. Nuestra postura sigue siendo válida también cuando hablamos de *lege data*. Efectivamente, en el Derecho portugués, teniendo en cuenta el tipo fiscal del artículo 103 del RGIT (anterior art. 23 del RJIFNA), cuando se habla del patrimonio, no son raras las voces que hablan de un *delito de resultado cortado*. ¿Por qué y cómo se explica?

6. Cuando se establece la defensa del patrimonio por el tipo fiscal, no se alcanza de la misma forma que en el caso de la estafa. Se sigue hablando de patrimonio, pero hay dos notas distintivas: una, la de que se anticipa la tutela del patrimonio; otra, la de que, en consecuencia, el delito no es un delito de daño, como sucede en el caso de la estafa, sino un delito de resultado cortado.

7. Efectivamente, como explican Figueiredo Dias y Costa Andrade, en el fraude fiscal «se asegura una “*tutela avanzada*” al patrimonio público fiscal. Para maximizar y reforzar la protección de este patrimonio, la ley portuguesa anticipa la intervención preventiva y represiva del Derecho penal a un momento en que solamente se lesiona la *verdad y transparencia* exigidas en las relaciones Fisco-contribuyente» (25). De ahí que cuando no se produce el perjuicio patrimonial se hable de la realización del tipo de falsedad, que constituye un medio para cometer el fraude fiscal, esto es, para ofender intereses fiscales. Pero cuando se produce el perjuicio, los autores defienden que la sanción debe ser agravada en función del desvalor del resultado producido (26). En este caso se habla de *delito de resultado cortado* (27). Es decir, en «los delitos de resultado cortado el legislador convierte la “tentativa” en delito fundamental, tratando la “consumación” como forma derivada de la infracción» (28). Digamos

(25) FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, «O crime de fraude fiscal...», p. 101 (cursiva y comillas de los autores).

(26) *Idem*, pp. 102 y 103.

(27) Propuesta de FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, «O crime de fraude fiscal...», pp. 88 y 102 y ss. Igualmente, NOGUEIRA DA COSTA, «Facturas...», p. 108.

(28) FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, «O crime de fraude fiscal...», p. 101 (comillas de los autores). Como explica FIGUEIREDO DIAS, *Textos de Direito penal. Doutrina geral do crime (Lições ao 3º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, elaboradas com a colaboração de Nuno Brandão)*, Coimbra, 2001,

que al sancionar la tentativa como tal, con respecto al delito consumado, se sanciona la tentativa como forma especial del delito y como tutela avanzada del bien jurídico.

8. Esto significa, entre otras cosas, que el patrimonio no puede ser visto ni defendido en los delitos tributarios de la misma forma que en el delito de estafa. Pero, ¿por qué? ¿Por qué razón se anticipa la tutela cuando se protege el patrimonio del Estado estando en juego intereses fiscales? ¿Por qué el delito de fraude fiscal es típicamente un delito de falsedad, pero cuando se realiza la falsedad y se ofenden intereses fiscales, aunque no se haya producido el resultado lesivo, el perjuicio, no debe sancionarse por el tipo clásico de la falsificación de documentos, sino por el fraude fiscal? La respuesta a estas cuestiones está para nosotros en la *ratio essendi* del delito fiscal: la presencia de intereses fiscales exige prever una defensa penal específica y adecuada. Es decir, además del patrimonio, que merece incluso una tutela diferente, anticipada; además de la verdad y de la transparencia, está la propia *función del tributo*, la vertiente funcional-institucional del tributo y de la Hacienda que merece protección, incluso penal. Porque dichas infracciones, al poner en peligro el patrimonio a través de documentos falsos, son susceptibles de poner en peligro la capacidad de realización de finalidades públicas, tareas indispensables en un Estado de Derecho democrático, suficientemente valiosas para requerir la protección del Derecho penal. Supone, en consecuencia, asumir que, aunque hablemos de una manifestación del Derecho penal secundario (*Nebenstrafrecht*), estamos ante conductas que son éticamente relevantes (29).

3. ¿PUEDE EL ESTADO SER VÍCTIMA DEL DELITO DE ESTAFA? ES DECIR: ¿PUEDE SER ENGAÑADO?

1. Como es sabido, uno de los requisitos del delito de estafa es la presencia de engaño y error creados en la víctima de tal modo que llegue a ser determinante para que ésta adopte cierto comportamiento a favor del agente. Pues bien, hay quien entiende que el Estado no es

pp. 82 y 83, el delito de fraude fiscal es «típicamente constituido como un delito de falsedad, pero al que tiene que añadirse la intención de producir el resultado lesivo sobre el patrimonio fiscal, lo cual no tiene, con todo, que verificarse y no integra por eso la factualidad típica». Por el contrario, SILVA DIAS, «Crimes e contra-ordenações...», pp. 454 y ss., considera que estamos más bien en presencia de un delito de peligro concreto (p. 455).

(29) Como dicen FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, «O crime de fraude fiscal...», p. 79.

uno de los sujetos susceptibles de ser víctima del delito de estafa (30). Y ello no sólo por una razón formal, como es la de que el Estado no es considerado como sujeto pasivo a efectos de este delito, sino también por una razón material, relacionada con la no susceptibilidad de que el Estado sea engañado en su capacidad de conocer, en su entendimiento. Ésta es la solución dada por la Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia portugués de 3 de octubre de 1996 (31), al afirmar:

«Las raíces romanísticas del delito de estafa (y del hurto), que en el Derecho Romano tenía una naturaleza mucho más privada que pública, y la referencia a “personas” como víctimas de la actuación engañosa del agente han conducido a una tradición, de muchos siglos, en la que el lesionado por éste debería ser siempre algún individuo y nunca una persona colectiva (concepto este, por lo demás, muy reciente en la historia del Derecho), dado que sólo aquélla era susceptible de ser “engañada” en su capacidad de querer, es decir, en su voluntad.»

2. Sobre esta cuestión ya hemos tenido la oportunidad de pronunciarnos, y nos remitimos a lo dicho (32). Podemos, sin embargo, a modo de síntesis, expresar aquí algunas ideas adicionales. Desde luego, el Estado es considerado hoy en día, incontestablemente, una persona colectiva de Derecho público, y se considera al mismo tiempo una persona jurídica a efectos fiscales, en la medida en que es uno de los sujetos de la relación jurídico-fiscal. A este propósito Braz Teixeira es muy claro (33): «*Sujetos de la relación tributaria* son los entes dotados de personalidad jurídica a los que la ley fiscal atribuye el derecho a la prestación de impuesto». Y añade: «El Estado, actuando como administrador y no ya como soberano, es el sujeto activo más frecuente e importante no sólo por el número de las relaciones fiscales en las que interviene, sino por el valor global de los créditos que constituyen objeto de estas relaciones». Sería muy extraño que el Estado pudiese ser sujeto de la relación jurídico-fiscal y, en esta medida, persona jurídica contra la cual se cometiesen delitos en el seno de esta

(30) En este sentido se pronuncia KOHLER, *Treue und Glauben*, pp. 47 y ss., apud BACIGALUPO ZAPATER, «Comentario», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal*, p. 3131, que considera que el engaño en el ámbito del Derecho público no tiene el carácter de estafa.

(31) Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia portugués, de 3 de octubre de 1996, en *Colectânea de Jurisprudência*, ano IV, t. III, 1996, p. 155.

(32) Véase nuestra anotación a la citada sentencia del STJ, de 3 de octubre de 1996, en «O chamado “crime de facturas falsas”: o problema da punição por crime de burla e/ou por crime de fraude fiscal», en *SI*, n. 262/264, t. XLV, julio-diciembre, 1996, 368 y ss.

(33) BRAZ TEIXEIRA, *Princípios de Direito fiscal*, vol. I, 3.^a ed., Coimbra, 1991, pp. 184 y ss. (cursiva del autor).

relación, pero que no pudiese el mismo Estado ser víctima a efectos de estafa.

3. Hay quienes consideran que, por las mismas razones que las personas colectivas no pueden ser responsables criminales, tampoco pueden ser víctimas de ciertos delitos, como es el caso de la estafa. En efecto, si prestamos la debida atención, son estas las razones, desde el punto de vista material, las que llevaron al Tribunal Supremo portugués, en la referida sentencia de 3 de octubre de 1996, a rechazar al Estado como víctima del delito de estafa. Así, al decir aquel Tribunal que sólo el individuo es «susceptible de ser “engañado” en su capacidad de querer, es decir, en su voluntad», está, con base en el mismo argumento con el que se excluiría la responsabilidad criminal de las personas colectivas, excluyéndola en el caso de que la víctima sea una persona colectiva, en este caso el Estado. No nos parece, sinceramente, que este argumento sea concluyente. En realidad, si ha sido posible en muchos ordenamientos jurídicos llegar a admitir la responsabilidad criminal de las personas colectivas –entre los cuales, el portugués (34)–, entonces, con mucho menos esfuerzo, será defendible la victimización de las personas colectivas. Pues bien, ya hemos visto que históricamente se explica e incluso se comprende la exclusión de las personas colectivas del alcance del delito de estafa, como víctimas, del mismo modo que también se comprende que la cuestión se haya empezado a plantear con bastante pertinencia y aceptación, principalmente a partir de la Primera Guerra Mundial. Esta razón histórica explica que no hubiese sido considerada la persona colectiva en el ámbito del delito de estafa como víctima. Pero curiosamente también explica que las personas colectivas deban ser consideradas como víctimas de delitos, principalmente del de estafa. Y para probarlo está el hecho de que los propios Códigos penales modernos también hayan incluido, más recientemente, diversos tipos de delito en los que la víctima es precisamente el Estado. Sin duda, los delitos contra el Estado o instituciones del Estado, por ejemplo, de los artículos 308 y siguientes del CPPort y del artículo 235.1 del CPE.

(34) El artículo 3.º del Decreto-Ley n. 28/84, de 20 de enero, portugués –«delitos contra la economía e contra la salud pública»– admite expresamente la responsabilidad penal de las personas colectivas. Igualmente el RGIT (Ley n. 15/2001, de 5 de junio), en el artículo 7.º, admite expresamente la responsabilidad criminal de las personas colectivas para los delitos tributarios. El Código Penal portugués en su artículo 11.º admite *a contrario* la responsabilidad criminal de las personas colectivas, o sea, cuando alguna disposición expresamente lo indique. Ahora se está discutiendo en el Parlamento portugués una Ley que prevé la extensión de esta posibilidad a una gran parte de los delitos previstos en el Código Penal.

4. Sin embargo, estos tipos que prevén al Estado o a sus instituciones como víctimas lo son por su propia especificidad. Incluso hay quien deriva de esta circunstancia un argumento *a contrario* para la consideración del Estado como víctima en el delito de estafa. En concreto, en este sentido son expresivas las palabras de Fernanda Palma/Rui Pereira: «Es dudoso, de todas formas, que el patrimonio del Estado esté protegido por la incriminación de la estafa. Porque los delitos contra el Estado han recibido autonomía en la parte especial del Código Penal y, en lo que respecta a la criminalidad económica, están previstos, frecuentemente en legislación dispersa, que atiende a su especificidad» (35).

5. Al no encontrarse el delito de estafa recogido en una parte del Código Penal exclusivamente dirigida a personas singulares, no vemos por qué razón el hecho de que ciertos delitos que por su especificidad se dirigen exclusivamente al Estado (delitos contra el Estado o sus instituciones) lleva a la conclusión de que el delito de estafa no puede tener personas colectivas, en concreto el Estado, como víctima. Es decir, no podemos, solamente de la sistematización del Código Penal, extraer la idea de que el Estado no puede ser víctima del delito de estafa, sobre todo porque el tipo respectivo no lo excluye.

6. Está claro que el Estado no es una persona dotada de sentimientos, de voluntad, tal como las personas singulares y, en esta medida, siempre queda carente de justificación la posibilidad de que sea inducido a error generado por engaño. En este sentido, Fernanda Palma/Rui Pereira (36) advierten: «Podremos indicar como víctima en sentido estricto –como “objeto” de la acción típica– a la persona inducida a error o engaño. Y esta víctima sólo podrá ser, por naturaleza, una persona singular. Los entes colectivos, públicos o privados, no son, en sí mismos, susceptibles de ser inducidos a error o engaño. El error o engaño no es requerido en la estafa en sentido figurado: debe poseer una dimensión psicológica».

7. Es obvio que esta advertencia nos lleva a intentar comprender el Estado como estructura organizativa. El Estado es un todo, formado por el conjunto de servicios, de personas que son su rostro, que lo materializan. El Estado se revela a través de estas personas. Y así, cuando se dice que el Estado ha sido engañado, lo que queremos decir es que ha sido engañado a través de las personas que trabajan en él, que son parte de su todo. Cuando esto sucede, tampoco es el ciudadano *A* o el ciudadano *B* el que ha sido engañado. O sea, el engaño, en

(35) FERNANDA PALMA/RUI PEREIRA, «O crime de burla no Código Penal de 1982/95», en *RFDUL*, vol. XXXV, 1994, Lex, p. 330.

(36) FERNANDA PALMA/RUI PEREIRA, «O crime de burla...», p. 330.

este caso, no tiene relevancia para el ciudadano servidor del Estado, dado que el acto que comete no lo realiza en el ámbito de sus relaciones jurídico-privadas, sino en el ámbito y a causa de las relaciones del Estado con otro ciudadano. Mientras actúa, el servidor del Estado obra por éste, como (miembro del) Estado, y no como el ciudadano en la tutela de sus intereses privados. Y así, tal y como ya hemos defendido anteriormente, cuando un funcionario, una sección, una delegación del Estado son engañados por un ciudadano, es en último término el Estado el único que resulta engañado, ya que todo se desarrolla en el ámbito de una relación jurídica entre el Estado y un ciudadano, y no entre un funcionario y un ciudadano (37).

8. Claro está que no se trata ya del engaño psicológico, propio de la estafa. La doctrina española aporta consideraciones que permiten aclarar las ideas. Como explica Sánchez-Ostiz Gutiérrez, uno de los elementos comunes a los delitos de fraude de subvenciones, fraude a la Seguridad Social y defraudación tributaria, y que los diferencian de la estafa, es «la relevancia que adquiere, tanto en materia de tributos como de Seguridad Social o subvenciones, el *sistema de gestión*, normativizado y formalizado, por medio del cual opera la Administración Pública en cada caso, y que aleja el “fraude” de los contenidos psicologistas de engaño» (38). Efectivamente, aunque se admita que estos delitos tengan una estructura semejante a la de estafa –engaño-error-acto de disposición patrimonial–, el engaño no tiene ahí la carga psicológica exigida en la estafa (39). Es relevante, por un lado, el hecho de que se engaña a la Administración, aunque a través de un funcionario, y por eso no se puede hablar de engaño psicológico de la Administración; además, por otro, el engaño, así como el error y la disposición patrimonial, han de ser entendidos en sentido formalizado y normativizado (40).

(37) Cfr. lo que exponemos en «O chamado “crime”...», p. 374. En la doctrina española, recientemente, a propósito de la relación entre el delito de estafa y el de fraude de subvenciones, y hablando de este último delito, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «El elemento “fraude”...», p. 94, explica la misma idea, en términos con los cuales estamos de acuerdo: «el error generado por el engaño, caso de producirse, lo “padece” aquí la Administración Pública y no tanto el funcionario en cuestión, persona física; que éste resulte engañado no es tan relevante como que lo sea la Administración subvencionante».

(38) SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «El elemento “fraude”...», p. 92.

(39) *Idem*, p. 94

(40) SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «El elemento “fraude”...», p. 101, es claro en la demostración de este argumento, sobre todo para el delito de fraude de subvenciones, al decir: «Ahora está en juego el logro de determinados fines públicos de fomento por medio de subvenciones de contenido patrimonial; y no la libertad de disposición de la víctima del engaño y agente del desplazamiento patrimonial. Con

9. Pero esta idea permite dos conclusiones: una, que el Estado puede ser engañado, es cierto que en términos funcionales, en sentido normativizado y formalizado; otra –y ésta sí nos parece la más relevante–, la cuestión no es que el Estado no pueda ser engañado, pero sí que el engaño no asume el aspecto central del delito. Y más aún, no tiene la carga psicológica propia del delito de estafa, porque asumen relevancia los intereses en juego y el modo cómo deben ser protegidos, teniendo en cuenta la relación que media entre Estado y obligado. Esta conclusión se puede ilustrar con las palabras de Sánchez-Ostiz Gutiérrez (41) para el delito de fraude de subvenciones, cuya idea puede ser aplicada, *mutatis mutandis*, para los restantes delitos tributarios: «la esencia y razón del fraude de subvenciones residen en la afectación a los fines políticos de fomento. El “fraude” no puede entenderse como el engaño propio de la estafa, sino como la *ruptura* de una relación entre subvencionado y subvencionante, que les vincula estableciendo deberes de actuar y omitir, en virtud de la cual, el primero participa de los fines de fomento que el segundo, la Administración, considera prioritarios». Es por eso, entre otras razones, que el fraude de subvenciones, así como los delitos tributarios, aunque tengan una estructura semejante a la de la estafa, deban ser tipificados de forma autónoma.

10. Cumple seguir con el análisis de los argumentos aducidos –desde luego por la Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia portugués, de 3 de octubre de 1996–. Cabe decir que ya es admisible la responsabilidad criminal de las personas colectivas –por ejemplo, en Portugal–. Pues por el mismo razonamiento analógico de que una persona colectiva puede ser responsable criminalmente, sabiendo que son personas singulares las que piensan y actúan en su ámbito, entonces también, y aquí obviamente por razones lógicas y con mucho menos esfuerzo, se admitirá que el Estado y las personas colectivas pueden ser víctimas del delito de estafa. De no ser así, el delito de estafa tendría que ser repensado, o bien el tipo debería excluir expresamente al Estado de la posibilidad de ser víctima.

otras palabras, el elemento patrimonial presente en estos casos no posee la misma función que en el delito de estafa (susceptible de abarcar casos que afecten a la Administración Pública), pues en el delito del artículo 308 despliega un papel instrumental y no central, como, en cambio, sucede en aquél. Esta diferencia justifica que se trate de un tipo diverso, en el que la conducta típica de defraudación no haya de girar en torno al engaño y al error, como lo hace el de estafa». Sobre la importancia del engaño en la estafa, incluso la existencia de un ámbito de responsabilidad de la víctima de la estafa, véase PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño*, pp. 95 y ss.

(41) SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «El elemento “fraude”...», p. 103 (cursiva y comillas del autor).

11. Todo lo que venimos diciendo, y mucho más que ya hemos dicho en otro lugar (42), apunta efectivamente a la idea de que el Estado o cualquier otra persona colectiva puede ser víctima del delito de estafa, siempre que ello no esté expresamente excluido del tipo. Es cierto que esto no es suficiente para defender esta posibilidad. Hay que analizar otros aspectos. A pesar de todo, sin prescindir de toda esta controversia, hay una vez más una consecuencia a extraer: la de que efectivamente, como nos dicen Fernanda Palma/Rui Pereira, «en lo que respecta a la criminalidad económica, están previstos [*sc.* los delitos contra el Estado], frecuentemente en legislación dispersa, que atiende a la especificidad» (43). A esta constatación no tenemos nada que oponer e incluso la subrayamos. Además, también por ello anotamos con interés parte de la postura del Supremo Tribunal de Justicia portugués, en la sentencia de 3 de octubre de 1996: «(...) siempre se ha entendido, también, en nuestro esquema legal que las actuaciones de los ciudadanos, en el sentido de engañar a los servicios del Estado en materia de sujeción a impuestos, podrían corresponder a un ilícito de naturaleza fiscal, pero no eran susceptibles de encuadramiento en la mencionada figura de la estafa». Aparte esta última referencia a la figura de la estafa, estamos de acuerdo con este Tribunal, sobre todo si consideramos las palabras siguientes: «Precisamente por esto, cuando los poderes del Estado se han visto confrontados con el aumento de conductas de los ciudadanos destinadas a propiciar evasiones fiscales, se han visto en la necesidad de estatuir específicamente sobre la materia, a través de la adopción de leyes especiales, con la finalidad de criminalizar y sancionar los actos en los que tales evasiones o fraudes se concretan».

12. Pues bien, esta constatación es un hecho innegable. En materia de fraude fiscal los ordenamientos jurídicos siempre han buscado tratar la materia respectiva en normas propias, autónomas y específicas, incluso cuando están dentro del Código Penal, como es el caso del Derecho español. Esta constatación no significa, a pesar de todo, que el Estado no pueda ser víctima del delito de estafa. Significa, eso sí, que el tipo de estafa no es adecuado para proteger los intereses del Estado en delitos como los tributarios, contra la Seguridad Social o de fraude de subvenciones. Y no es adecuado porque, a pesar de que la estructura es semejante a la de la estafa –engaño-error-acto de disposición patrimonial– en la mayoría de las conductas típicas de estos delitos, son más las diferencias que las semejanzas para que se insista

(42) FERREIRA MONTE, «O chamado “crime...”, p. 374.

(43) FERNANDA PALMA/RUI PEREIRA, «O crime de burla...», p. 331.

en punir con el tipo de estafa conductas que deben ser sancionadas por otros tipos. Es claro que en la práctica la cuestión tiene ahora poco relieve, una vez que ya están tipificadas de forma autónoma las conductas respectivas. Pero la cuestión sigue teniendo interés teórico, sobre todo porque permite comprender los fundamentos político-criminales y las razones dogmáticas por las cuales la tipificación debe ser autónoma. Autónoma respecto del delito de estafa, pero, por los mismos fundamentos y razones, también de otros delitos clásicos, como es el caso del delito de apropiación indebida, de falsedad, etc.

13. En síntesis, puede decirse que, político-criminalmente, una protección del patrimonio en la medida en que es proyección personal (44) (no confundamos: no estamos diciendo que se trata de patrimonio individual), no es seguramente la más adecuada cuando se pretende una *protección funcional-institucional*. En que, además del patrimonio, se busca garantizar la tutela de las funciones institucionales del tributo (y consecuentemente de la propia Hacienda Pública), como es el caso del delito de defraudación tributaria (45). Una protección así requiere también una anticipación de la tutela, siendo relevante tanto el resultado como el daño cumulativo que millones de conductas pueden tener, la puesta en peligro de las funciones del tributo. Por eso, aunque, dogmáticamente, aquellos delitos tengan en la mayoría de los casos una estructura semejante a la de la estafa, basada en el engaño, error y desplazamiento patrimonial, la verdad es que las diferencias o los contenidos diversos de estos elementos en los delitos tributarios son relevantes hasta el punto de exigir una tipificación autónoma. El engaño deja de ser el elemento central y pasa a ser relevante la infracción de deberes, sobre todo el de sacar a la Administración de la situación de desconocimiento en que se halla. Casos existen sin embargo –como son los casos de los subtipos agravados (art. 305.1.III CPE o de las «facturas falsas» en el Derecho portugués)–, en que el engaño asume una importancia mayor: puede entonces incluso hablarse de mendacidad o artificio engañoso. Pero, son casos que, por los fundamentos y razones expuestas, siguen exigiendo una tipificación autónoma, sobre todo por la naturaleza de los intereses en juego. El desplazamiento patrimonial se puede dar tanto por una devolución indebida de la Administración al obligado como por un no recibimiento de la Administración. Es decir, es tan relevante el enriquecimiento indebido del obligado por haber recibido algo a que no tenía derecho como por la no disminución de su patri-

(44) Véase SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «El elemento “fraude”...», p. 103.

(45) O de los fines políticos de fomento, en el caso del delito de fraude de subvenciones, por ejemplo.

monio, traducido en la no entrega de algo a que tenía la obligación de entregar. Sin embargo, por los intereses en juego, no es tan relevante el perjuicio al patrimonio. Se habla entonces o de delitos de peligro, por la puesta en peligro más o menos concreta de las funciones que el tributo viene a cumplir (46), o de un delito de resultado cortado, que convierte la «tentativa» en delito fundamental, tratando la «consumación» como forma derivada de la infracción (47).

14. Lo relevante es el género de interés en presencia, las exigencias de política criminal para un tratamiento especial o no, la naturaleza del bien jurídico y el modo en que debe ser tutelado. Invocando, dentro de la relación Derecho penal clásico/Derecho penal secundario, las características de este último, relacionándolas con el fraude fiscal y con todo lo que implica, somos partidarios de defender la criminalización de éste a través de un tipo de delito autónomo y específico que dé respuesta más adecuada a los problemas por ella planteados (48). En caso contrario, en muchas situaciones se tendrá que cuestionar la utilidad de un precepto propio para el fraude fiscal.

5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

1. Es notable la relación de *casi* superposición entre el delito de estafa y el delito de fraude fiscal, pudiendo decirse que la estructura de la estafa –engaña-error-desplazamiento patrimonial– se reproduce en cierto modo en los delitos tributarios, en particular en los casos en que se llegue a causar un resultado lesivo en el patrimonio de la Hacienda y/o en que se realicen actos de disposición. Así, de modo similar a la estafa, también en el fraude fiscal, a primera vista, puede el contribuyente actuar con la intención de obtener cierto enriquecimiento patrimonial ilegítimo, a través del engaño y del error provocados en el Estado, con el empleo de medios más o menos arteros, por ejemplo, las facturas falsas, provocando esta práctica un consecuente perjuicio patrimonial para el Estado (o peligro de perjuicio) que ve disminuidos sus ingresos fiscales. Tal similitud es posible a partir del

(46) SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «El elemento “fraude”...», p. 122.

(47) FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, «O crime de fraude fiscal...», p. 101.

(48) El problema no es fácil, ya lo sabemos, como hemos visto en el texto y como constatamos también en el Derecho italiano. De hecho, la jurisprudencia italiana ha llegado a entender que existe un concurso formal entre los dos delitos (estafa y fraude fiscal), mientras que la doctrina sostiene la apariencia de concurso de normas e indica que la disposición prevaleciente es, unánimemente considerada, la del fraude fiscal –*vide* GIANCARLO DE VERO, en AA.VV., *Diritto penale tributario*, p. 196, que sigue a CALVI, FACCHINI y DE NIGRIS SINISCALCHI–.

momento en que identificamos como bien jurídico el patrimonio, protegido por ambos tipos.

2. Aunque se intente establecer diferencias en algunos de los elementos, no siempre es fácil. Así, hemos visto que la opinión que sustenta que el tipo de estafa sólo sirve para tutelar el patrimonio de particulares no tiene fundamentación legal. A la idea según la cual el fraude fiscal no exige el enriquecimiento ilegítimo, sino simplemente una no disminución del mismo patrimonio, se objetó que siempre corresponderá un enriquecimiento a la no disminución del patrimonio. Tampoco es correcta la idea de que el Estado o cualquier otra persona colectiva no puede ser víctima de estafa, una vez que el Estado puede ser víctima del delito de estafa, cuando no esté expresamente excluido del tipo.

3. Sin embargo, aunque el patrimonio del Estado también se recoge en la letra del precepto de la estafa, no se adecua a su espíritu. No es incongruente, *ab initio*, integrar el tipo de estafa en la defensa del patrimonio público. Pero, puesto que se halla en juego el carácter funcional-institucional del sistema tributario y porque éste gana relevancia cuando diversas conductas le pueden afectar, tendrá sentido pensar y ubicar el delito fiscal fuera del ámbito de la estafa y considerarlo como un delito específico.

4. Apreciando el sistema portugués vigente llegamos a la misma conclusión. Efectivamente, teniendo en cuenta el tipo fiscal del artículo 103 del RGIT (anterior art. 23 del RJFNA), la doctrina habla del patrimonio como objeto de tutela, pero a través de un *delito de resultado cortado*. Se sigue hablando de patrimonio, pero hay dos aspectos a tener en cuenta: uno, que consiste en la anticipación de la protección del patrimonio; otro, que determina que el delito no es un delito de daño, como sucede en el caso de la estafa, sino un delito de resultado cortado. Ello presupone que el legislador trata la «tentativa» como el delito fundamental, y la «consumación» como una consecuencia de la infracción. Es decir, al sancionar la tentativa como tal, con respecto al delito consumado, se castiga la tentativa como forma especial del delito mediante la protección anticipada del bien jurídico.

5. Esto significa, entre otras cosas, que el patrimonio no puede ser visto ni defendido en los delitos tributarios de la misma forma que lo es en el delito de estafa. La razón fundamental de esta postura radica, para nosotros, en la *ratio essendi* del delito fiscal: la existencia de intereses fiscales que generan una defensa penal específica y adecuada. Es decir, además del patrimonio que merece incluso una protección diferente y anticipada, además de la veracidad y la trans-

parencia, está la propia *función del tributo*, la vertiente funcional-institucional del tributo y de la Hacienda Pública.

6. En definitiva, respecto a las diversas cuestiones planteadas en torno a si el Estado *puede* ser víctima del delito de estafa o si el patrimonio del Estado *puede* ser protegido por el tipo de estafa, respondemos afirmativamente. A pesar de ello, el Estado *no debe* ser protegido por el tipo de estafa cuando está en juego una relación jurídico-tributaria. Más bien debe serlo por un tipo autónomo, específico y adecuado a los intereses en juego.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá

LEY ORGÁNICA 2/2005, DE 22 DE JUNIO, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

(«BOE» núm.149, de 23 de junio de 2005)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley orgánica del Poder Judicial y del Código Penal, en su artículo segundo, modificó el Código Penal introduciendo en él los artículos 506 bis, 521 bis y 576 bis. El artículo 506 bis castiga con penas de tres a cinco años de prisión e inhabilitación a la autoridad que convocara procesos electorales o consultas populares por vía de referéndum, careciendo de competencias para ello. Este artículo y el 521 bis también penalizan a quienes facilitaran, promovieran o aseguraran la realización de tales procesos o consultas. Por su parte, el artículo 576 bis castiga con pena de prisión a la autoridad o funcionario que allegara fondos, bienes, subvenciones o ayudas públicas a asociaciones o partidos disueltos o suspendidos por su relación con delitos de la sección segunda del capítulo V del Título XXII del Código Penal.

Los artículos anteriores, cuya derogación se lleva a cabo por la presente Ley, se refieren a conductas que no tienen la suficiente entidad como para merecer el reproche penal, y menos aún si la pena que se contempla es la prisión.

El derecho penal se rige por los principios de intervención mínima y proporcionalidad, según tiene señalado el Tribunal Constitucional, que ha reiterado que no se puede privar a una persona del derecho a la libertad sin que sea estrictamente imprescindible. En nuestro ordenamiento hay otras formas de control de la legalidad diferentes de la vía penal.

Así, el ejercicio de las potestades de convocar o promover consultas por quien no las tiene legalmente atribuidas es perfectamente controlable por vías diferentes a la penal.

En cuanto a las ayudas públicas a asociaciones o partidos disueltos o suspendidos, el ordenamiento ya prevé una sanción penal si constituyeran actos de participación en asociación ilícita.

En suma, las conductas que se contemplan en estos tipos penales no presentan las notas exigidas para proceder a su incriminación. La Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico ya cuentan con los instrumentos suficientes y adecuados para asegurar el respeto a la legalidad y a las instituciones democráticas y garantizar la convivencia pacífica de todos los ciudadanos.

Artículo único. *Modificación del Código Penal.*

Quedan suprimidos los artículos 506 bis, 521 bis y 576 bis del Código Penal.

Disposición final única. *Entrada en vigor.*

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

LEY ORGÁNICA 3/2005, DE 8 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, PARA PERSEGUIR EXTRATERRITORIALMENTE LA PRÁCTICA DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA

(«BOE» núm. 163, de 9 de julio de 2005)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato «inhumano y degradante» incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Los Estados miembros de la Unión Europea, cuyas Constituciones reconocen el derecho a la integridad personal, tanto física como mental, como un derecho fundamental, se han visto enfrentados a un fenómeno de exportación de la práctica de mutilaciones genitales femeninas debido a la inmigración de personas procedentes de países donde estas prácticas constituyen una costumbre tradicional aún en vigor.

El hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. La OMS estima que en el mundo hay 130 millones de mujeres víctimas de mutilaciones genitales practicadas en nombre de culturas y tradiciones religiosas.

La Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 2.f) prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres.

Asimismo, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo 1994) y el Programa de Pekín (1995) incluyen recomendaciones a los Estados a fin de erradicar las mutilaciones genitales femeninas y para modificar los comportamientos sociales y culturales y acabar así con los perjuicios y prácticas lesivos para las personas.

En esta línea se inscribe la presente Ley Orgánica al posibilitar la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país.

Artículo único.

Se añade un nuevo epígrafe *g)* al apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado como sigue:

«4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley Penal Española, como alguno de los siguientes delitos:

- a)* Genocidio.
- b)* Terrorismo.
- c)* Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d)* Falsificación de moneda extranjera.
- e)* Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f)* Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g)* Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h)* Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.»

Disposición derogatoria única.

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Disposición final primera.

Se añade al apartado 1 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial un nuevo epígrafe *e)* con la siguiente redacción:

«*e)* Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la Ley.»

Disposición final segunda.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

REAL DECRETO 515/2005, DE 6 DE MAYO, POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS CIRCUNSTANCIAS DE EJECUCIÓN DE LAS PENAS DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD Y DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE, DE DETERMINADAS MEDIDAS DE SEGURIDAD, ASÍ COMO DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

(«BOE» núm. 109, de 7 de mayo de 2005)

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entró en vigor el 25 de mayo de 1996, configuró un nuevo sistema de penas y medidas de seguridad. La reforma del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, supone una revisión parcial de dicho sistema, de la que pueden destacarse, entre otros aspectos, la desaparición de la pena de arresto de fin de semana, la creación de la pena de localización permanente y la nueva regulación de la sustitución de las penas privativas de libertad y de la ejecución de las medidas de seguridad.

Por otro lado, y al amparo de lo establecido en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, la Administración penitenciaria se encuentra obligada a hacer efectivo el cumplimiento de las penas en ejecución de las correspondientes resoluciones judiciales.

Teniendo en cuenta, por un lado, la ausencia de desarrollo reglamentario de la ejecución de las medidas de seguridad, de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la pena de localización permanente y, por otro, advertida la necesidad de modificar la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad para adaptarla a la citada reforma del Código Penal, este Real Decreto viene a reordenar la actividad penitenciaria con la finalidad de atender, con los medios disponibles en la actualidad, la puesta en práctica más eficaz de la reforma penal producida. El Real Decreto, además, se limita exclusivamente a regular la asignación de funciones que corresponden a los servicios sociales penitenciarios en relación con esta materia, por cuanto corresponde al legislador, por prescripción constitucional, la asignación de funciones a jueces y magistrados.

Para la ejecución de estas penas y medidas de seguridad es necesaria una instancia de coordinación entre los órganos judiciales penales, los servicios sociales y los sanitarios. El Código Penal, en el artículo 83.2, establece que los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al juez o tribunal sentenciador sobre la observancia de las reglas de conducta, remisión que se reitera en el artículo 105 del mismo Texto Legal. A su vez, el artículo 49.6 establece que los servicios sociales penitenciarios realizarán el seguimiento de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Por lo tanto, son los citados servicios sociales penitenciarios los que deben dar respuesta a la coordinación que ha de establecerse entre los órganos judiciales y los servicios comunitarios.

El capítulo I regula el objeto del Real Decreto, que se concentra en los objetivos antes expuestos, e incorpora las definiciones de conceptos que aparecen reiteradamente a lo largo del articulado para facilitar su comprensión.

En el capítulo II se regulan las circunstancias de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, respetando las condiciones establecidas en el Código Penal, que ha incorporado el régimen jurídico de su cumplimiento y ha asignado al juez de vigilancia penitenciaria el control de esta pena. La ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad, que será facilitada por la Administración penitenciaria mediante los servicios sociales penitenciarios, se articula a través de convenios con las Administraciones públicas o con entidades públicas o privadas que desarrollen

actividades de utilidad pública e incluso, también, a propuesta del propio penado, todo ello en las condiciones fijadas por el juez o tribunal sentenciador y procurando hacer compatible su cumplimiento con el normal desarrollo de las actividades cotidianas del condenado.

En el capítulo III se regula básicamente la definición del plan de ejecución de la pena de localización permanente que debe efectuarse por el establecimiento penitenciario correspondiente, de acuerdo con lo que disponga el juez o tribunal sentenciador y en atención a las circunstancias personales y sociales del penado, y que preferentemente no se llevará a cabo en un establecimiento penitenciario ni en un depósito municipal. A su vez, se establece el seguimiento y control de esta pena por la Administración penitenciaria a través de medios telemáticos o de otra naturaleza.

En el capítulo IV se regula el procedimiento de control y seguimiento, realizado por la Administración penitenciaria a través de los servicios sociales penitenciarios, de los deberes y obligaciones impuestos como condición de la suspensión de ejecución de penas privativas de libertad que acuerden los jueces y tribunales sentenciadores. Se prevé la elaboración de un plan individual de intervención y seguimiento que será aprobado por dichos órganos judiciales y que se irá modificando en atención al cumplimiento de las obligaciones y deberes a los que está sujeto el penado.

En el capítulo V se regula el procedimiento de ejecución de determinadas medidas de seguridad privativas y no privativas de libertad, acordadas por los jueces y tribunales sentenciadores. Igualmente, con carácter previo, se establece la elaboración de un plan individual de intervención y seguimiento que será aprobado por el juez de vigilancia penitenciaria y que se revisará en atención a la evolución de la persona que cumple la medida de seguridad.

Por último, el capítulo VI regula las disposiciones comunes aplicables a todo el Real Decreto.

Este Real Decreto ha sido informado por el Consejo General del Poder Judicial.

En su virtud, a propuesta del Ministro del Interior, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 6 de mayo de 2005, dispongo:

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. *Objeto.*

Este Real Decreto tiene por objeto la regulación de las actuaciones que debe realizar la Administración penitenciaria para hacer efectivo el cumplimiento de las penas de localización permanente y de trabajos en beneficio de la comunidad, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Artículo 2. *Definiciones.*

A los efectos de este Real Decreto, se entenderá por:

a) Trabajos en beneficio de la comunidad: la pena privativa de derechos, que no podrá imponerse sin el consentimiento del penado, y que le obliga 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.

b) Localización permanente: la pena privativa de libertad que obliga al penado a permanecer en su domicilio o en un lugar determinado fijado por el juez en la sentencia.

c) Servicios sociales penitenciarios: las unidades administrativas dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias que tienen encomendado el cumplimiento del objetivo de acción social que la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, atribuye a la Administración penitenciaria o, en su caso, las correspondientes de las Comunidades Autónomas que hayan recibido los trasposos en materia de ejecución de la legislación penitenciaria.

d) Establecimientos penitenciarios: aquellos centros de la Administración penitenciaria destinados al cumplimiento de las penas y de las medidas de seguridad privativas de libertad.

CAPÍTULO II

DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Artículo 3. *Comunicación de la resolución judicial.*

Recibido el testimonio de la resolución judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, así como los particulares necesarios, los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena.

Artículo 4. *Determinación de los puestos de trabajo.*

1. El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración penitenciaria, que a tal fin podrá establecer los oportunos convenios con otras Administraciones públicas o entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública. En este caso, estas Administraciones o entidades podrán asumir las funciones de gestión de los trabajos, asesoramiento, seguimiento y asistencia de los penados, sin perjuicio de la supervisión de la Administración penitenciaria.

2. El penado podrá proponer un trabajo concreto que será valorado, en informe previo, por la Administración penitenciaria, atendiendo a la extensión y ámbito de los convenios en vigor y al número de plazas disponibles. En este caso, la Administración penitenciaria, tras analizar la propuesta ofrecida por el penado, emitirá un informe al juzgado de vigilancia penitenciaria en el que valorará la propuesta y, en especial, si cumple los requisitos establecidos en el Código Penal y en este Real Decreto, a fin de que adopte la decisión correspondiente.

Artículo 5. *Entrevista y selección de trabajo.*

1. Los servicios sociales penitenciarios, una vez recibidos el testimonio de la resolución y los particulares necesarios, entrevistarán al penado para conocer sus características personales, capacidad laboral y entorno social, personal y familiar, para determinar la actividad más adecuada. En esta entrevista se le ofertarán al penado las distintas plazas existentes, con indicación expresa de su cometido y del horario en que debería realizarlo y, en los supuestos a los que se refiere el artículo 4.2, se escuchará la propuesta que el penado realice.

2. Una vez que el penado haya prestado su conformidad con el trabajo que se le propone, los referidos servicios sociales penitenciarios elevarán la propuesta de cum-

plimiento de la pena al juzgado de vigilancia penitenciaria para su aprobación o rectificación.

3. La no conformidad con el trabajo concreto propuesto o la imposibilidad de llevarlo a cabo por razones personales, sociales o familiares será comunicada por los servicios sociales penitenciarios al juez de vigilancia penitenciaria a los efectos oportunos.

Artículo 6. *Jornada, horario e indemnizaciones.*

1. Cada jornada de trabajo tendrá una extensión máxima de ocho horas diarias. Para determinar la duración de la jornada y el plazo en el que deberán cumplirse, se tendrán en cuenta las cargas personales o familiares del penado, así como, en su caso, sus circunstancias laborales.

2. La ejecución de esta pena estará regida por un principio de flexibilidad para hacer compatible, en la medida de lo posible, el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta. A tal efecto, cuando concorra una causa justificada, podrá autorizarse por el juez de vigilancia penitenciaria el cumplimiento de la pena de forma partida, en el mismo o diferentes días.

3. La realización del trabajo no será retribuida, pero el penado será indemnizado por la entidad a beneficio de la cual sea prestado el trabajo por los gastos de transporte y, en su caso, de manutención, salvo que estos servicios los preste la propia entidad, respetando, en todo caso, los términos del convenio con la Administración penitenciaria.

Artículo 7. *Seguimiento y control.*

1. Durante el cumplimiento de la condena, el penado deberá seguir las instrucciones que reciba del juez de vigilancia penitenciaria y de los servicios sociales penitenciarios y las directrices de la entidad para la que preste el trabajo.

2. Los servicios sociales penitenciarios comprobarán con la periodicidad necesaria el sometimiento del penado a la pena, así como el cumplimiento efectivo del trabajo impuesto; a tal fin, mantendrán contactos periódicos con la entidad en que se lleve a cabo y adoptarán, en su caso, las medidas procedentes.

3. En el supuesto de sustitución regulado en el artículo 88.1 del Código Penal, si se le impusiera, junto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, la obligación de seguir un programa específico de reeducación y tratamiento psicológico, los servicios sociales penitenciarios remitirán al penado al centro, institución o servicio específico para la realización de dicho programa, de forma compatible con el cumplimiento de la pena, y realizarán el pertinente seguimiento del programa del que informarán oportunamente al juez de vigilancia penitenciaria.

Artículo 8. *Incidencias durante el cumplimiento.*

Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al juez de vigilancia penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena, a los efectos y en los términos previstos en el artículo 49.6 y 7 del Código Penal.

Artículo 9. *Información general y particular.*

1. La Administración penitenciaria facilitará, con carácter general y periódico, a las autoridades judiciales y fiscales y a los colegios de abogados, y, singularmente

cuando así se reclamen por éstas para un penado en concreto, información relativa a esta pena, su forma de ejecución y trabajo disponible.

2. Esta información también se transmitirá a todas aquellas personas, previa solicitud de éstas, que se encuentren en situación procesal susceptible de que se les aplique esta pena, así como a sus letrados.

Artículo 10. *Informe final.*

Una vez cumplidas las jornadas de trabajo, los servicios sociales penitenciarios informarán al juez de vigilancia penitenciaria de tal extremo a los efectos oportunos.

Artículo 11. *Seguridad Social y prevención de riesgos laborales.*

1. La protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajos en beneficio de la comunidad se efectuará de acuerdo con lo establecido en la normativa que resulte de aplicación.

2. También estarán protegidos por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales.

CAPÍTULO III

DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

Artículo 12. *Comunicación de la resolución judicial.*

Recibido el testimonio de la resolución judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la pena de localización permanente, así como los particulares necesarios, el establecimiento penitenciario del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizará las actuaciones necesarias para hacer efectivo su cumplimiento.

Artículo 13. *Definición del plan de ejecución.*

1. El plan de ejecución, realizado por el establecimiento penitenciario, deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

a) Datos de identificación del penado, domicilio o residencia y, en su caso, trabajo y ocupación.

b) Datos penales: falta por la que se le condena y número de días de duración de la localización permanente.

c) Lugar de cumplimiento: domicilio u otro lugar con indicación de población o término municipal.

d) Indicación expresa de si lo va a cumplir de forma continuada o no continuada y si lo realizará los sábados y domingos.

e) Indicación de los medios de control de penas telemáticos o de otra naturaleza.

2. Al planificar la ejecución se buscará que el cumplimiento de la pena no perjudique la situación personal, familiar y laboral del penado. Por esta razón, será oído con carácter previo a la elaboración del plan por los servicios sociales penitenciarios.

3. El plan de ejecución será elevado al juez o tribunal sentenciador para su aprobación o rectificación.

Artículo 14. *Seguimiento y control.*

1. En el caso de que se establezca el control por medios telemáticos que requieran de instalación en el domicilio del penado o en el lugar que se designe, se solicitará la conformidad de sus titulares.

2. En el caso de que la conformidad a que se refiere el apartado anterior no fuera prestada, los servicios sociales penitenciarios lo comunicarán de inmediato al juez o tribunal sentenciador, elevarán la propuesta de modificación del plan de ejecución y señalarán otro medio de control, para su aprobación.

3. Una vez instalado el sistema de control, se procederá al seguimiento del cumplimiento de la pena y se comunicará al juez o tribunal sentenciador cualquier circunstancia que implique el incumplimiento de la pena.

Artículo 15. *Informe final.*

Una vez cumplida la pena de localización permanente, el establecimiento penitenciario informará al juez o tribunal sentenciador de tal extremo, así como de las incidencias ocurridas durante la ejecución, a los efectos oportunos.

CAPÍTULO IV

DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Artículo 16. *Comunicación de la resolución judicial.*

Recibido el testimonio de la resolución judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, así como los particulares necesarios, cuando se impongan algunos deberes u obligaciones previstos en el artículo 83.1.5.º y 6.º del Código Penal o la condición de tratamiento y demás requisitos previstos en su artículo 87, los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo su cumplimiento.

Artículo 17. *Elaboración del plan de intervención y seguimiento.*

Una vez recibida en los servicios sociales penitenciarios la documentación prevista en el artículo anterior, procederán al estudio de la situación del penado, mediante el análisis de la documentación, la entrevista con aquél y la información recibida de los centros o servicios donde realiza o va a realizar el tratamiento o programa, y, en atención a ello, se procederá a elaborar el plan individual de intervención y seguimiento, que será elevado al juez o tribunal sentenciador para su aprobación o rectificación.

Artículo 18. *Remisión al centro o servicio específico.*

Una vez recibida la resolución del órgano judicial en la que se aprueba el plan de intervención y seguimiento, los servicios sociales penitenciarios remitirán el caso al servicio o centro correspondiente para que el penado inicie o continúe el tratamiento o programa.

Artículo 19. *Seguimiento y control.*

Los servicios sociales penitenciarios durante el período de suspensión efectuarán el control de las condiciones fijadas en la resolución judicial y en el plan de intervención y seguimiento.

Artículo 20. Informes.

1. Los servicios sociales penitenciarios informarán al juez o tribunal sentenciador sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas cuando así lo solicite o con la frecuencia que éste determine, y, en todo caso, conforme al Código Penal, cada tres meses.

2. En todo caso informarán cuando las circunstancias personales del penado se modifiquen, cuando se produzca cualquier incumplimiento de las reglas de conducta impuestas y cuando se cumplan las obligaciones impuestas.

CAPÍTULO V**DEL CUMPLIMIENTO DE DETERMINADAS MEDIDAS DE SEGURIDAD****Artículo 21. Comunicación de la resolución judicial.**

1. Recibido el testimonio de la resolución judicial que acuerde las medidas de seguridad, así como los particulares necesarios, los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia, en el ámbito de sus competencias, realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo su cumplimiento.

2. No obstante, cuando el juez o tribunal sentenciador acuerde la imposición de una medida de seguridad de internamiento en un establecimiento o unidad psiquiátrica penitenciaria, se estará a lo dispuesto en los artículos 183 a 191 del Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

3. Lo dispuesto en el apartado anterior es también aplicable a los casos en los que el juez de vigilancia penitenciaria imponga una medida de seguridad de internamiento al amparo de lo previsto en el artículo 60 del Código Penal. En todo caso, y además, se dispondrán los medios necesarios para el cumplimiento efectivo de las garantías de asistencia médicas dispuestas judicialmente.

Artículo 22. Elaboración del plan de intervención y seguimiento.

Los servicios sociales penitenciarios procederán al estudio de la situación del penado mediante el análisis de la documentación, la entrevista con aquél y la información recibida de los centros o servicios donde realiza o va a realizar el tratamiento o programa, y, en atención a la mencionada situación, elaborarán el plan individual de intervención y seguimiento, que será elevado al juez de vigilancia penitenciaria para su aprobación o rectificación, sin perjuicio de la competencia del órgano judicial correspondiente.

Artículo 23. Remisión al centro o servicio específico.

Una vez recibida la resolución del juzgado de vigilancia penitenciaria que apruebe el plan de intervención, seguimiento y liquidación de la medida, los servicios sociales penitenciarios efectuarán la remisión del caso al servicio o centro correspondiente para que el penado inicie o continúe el tratamiento o programa.

Artículo 24. Seguimiento y control.

Los servicios sociales penitenciarios, durante el cumplimiento de la medida, efectuarán el control y seguimiento de las condiciones fijadas en la resolución judicial y en el plan de intervención y seguimiento.

Artículo 25. Informes.

1. Los servicios sociales penitenciarios informarán al juez de vigilancia penitenciaria sobre la observancia de las medidas de seguridad impuestas, cuando así lo solicite o con la frecuencia que éste determine, y, en todo caso, conforme al Código Penal, anualmente.

2. En todo caso, informarán cuando las circunstancias personales del penado se modifiquen, cuando la evolución del tratamiento lo aconseje, cuando se produzca cualquier incumplimiento de la medida de seguridad impuesta y cuando finalice su plazo de ejecución.

CAPÍTULO VI**DISPOSICIONES COMUNES****Artículo 26. Órganos penitenciarios competentes.**

1. Los servicios sociales penitenciarios donde el penado tenga fijada su residencia recibirán las resoluciones judiciales, así como los particulares necesarios.

2. No obstante, en el caso de la pena de localización permanente, dicha comunicación se efectuará al establecimiento penitenciario correspondiente al lugar donde el penado tenga fijada su residencia.

Artículo 27. Coordinación en casos de penas o medidas de seguridad impuestas por juzgados de violencia sobre la mujer.

En los casos en los que alguna de las penas o medidas previstas en este Real Decreto sean impuestas por hechos relacionados con la violencia de género, al objeto de garantizar la protección de las víctimas, los servicios sociales penitenciarios coordinarán sus actuaciones con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.

Artículo 28. Informes requeridos por autoridades judiciales y por el Ministerio Fiscal.

1. Antes del juicio oral, el juez o tribunal podrá solicitar a los servicios sociales penitenciarios, como prueba documental o pericial, un informe social sobre la situación del imputado.

2. Estos mismos informes podrán ser solicitados por el Ministerio Fiscal en el curso de sus diligencias o investigaciones.

3. Asimismo, una vez recaída sentencia, la autoridad judicial podrá solicitar los informes a los que se refieren los apartados anteriores, a los efectos de revisión de medidas, concesión de suspensión de condena, sustitución de penas o adopción de cualquier otra resolución judicial que se entienda requiere tener conocimiento de la situación social del penado o sometido a medida de seguridad.

Artículo 29. Traslados de expedientes.

Cuando una persona sometida a alguna de las penas, medidas o suspensión cuya ejecución regula este Real Decreto traslade su residencia de una provincia a otra, o a las Ciudades de Ceuta y Melilla, los servicios sociales penitenciarios informarán al juzgado o tribunal competente.

Artículo 30. *Certificaciones de cumplimiento.*

La Administración penitenciaria certificará a la autoridad judicial acerca del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad.

Artículo 31. *Comisión técnica de apoyo y seguimiento.*

1. La Administración penitenciaria podrá crear una comisión técnica de apoyo y seguimiento, conformada por personal de los servicios sociales penitenciarios y de los servicios centrales, para que realice funciones de información, propuesta y apoyo técnico en aquellas tareas de implementación del sistema de ejecución de las penas desarrolladas en este Real Decreto.

2. De la comisión técnica de apoyo y seguimiento a la que se refiere el apartado anterior podrán formar parte, asimismo, los representantes de las entidades públicas o privadas que colaboren en la ejecución de las distintas penas y medidas de seguridad.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.*

1. Queda derogado expresamente el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arrestos de fin de semana.

2. Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Real Decreto.

Disposición final primera. *Modificación del Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.*

El párrafo e) del apartado 1 del artículo 272 del Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, queda redactado de la siguiente forma:

«e) Un trabajador social, que haya intervenido en las propuestas sobre las que se delibere.»

Disposición final segunda. *Desarrollo normativo.*

Se autoriza a los Ministros de Justicia, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales a dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias, cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en este Real Decreto.

Disposición final tercera. *Entrada en vigor.*

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de Barcelona

Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa

(Comentario a la STS 1217/2004, de 2 noviembre 2004
Ponente: Excmo. Sr. D. J. R. BERDUGO y GÓMEZ DE LA TORRE)

JOSÉ IGNACIO GALLEGO SOLER

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universitat de Barcelona

I. ANTECEDENTES Y HECHOS PROBADOS

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 1217/2004, de 2 noviembre, desestimó el recurso de casación interpuesto por José Manuel y «Bus Publicidad, S. A.» contra la SAP Sevilla, sección primera, 31 de diciembre de 2002, que condenó a Juan Manuel como autor penalmente responsable de sendos delitos de estafa, apropiación indebida, así como de diversos delitos societarios. El objeto del presente comentario no es otro que, a propósito de las atinadas fundamentaciones que se contienen en dicha resolución (FFJJ 2 y 3), contextualizar el análisis del fundamento y límites de los denominados «deberes de autoprotección de la víctima», en particular en el delito de estafa y, en general, en los delitos patrimoniales (1). En los últimos tiempos son muchas las resoluciones

(1) Aunque tengo que dar plenamente la razón a CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 2.ª ed., Barcelona, 2001, p. 304,

judiciales, tanto de Audiencias Provinciales como del propio Tribunal Supremo, que tienen que resolver cuestiones referidas a la eventual conducta de la víctima para decidir si se cumple el requisito típico del «engaño *bastante*» en la estafa; y cada vez son más los planteamientos doctrinales que, haciéndose eco de esos pronunciamientos, intentan integrar este elemento en la estructura típica de la estafa.

Desde este mismo momento quiero anticipar que, en mi opinión, el análisis de los *deberes de autoprotección de la víctima* no es una cuestión que se deba limitar a un concreto elemento de la tipicidad de la estafa, sino que creo que es preciso poner de relieve cómo es un verdadero problema de imputación objetiva y, antes que eso, una cuestión a desarrollar en sede de bien jurídico-penal: intentaré exponer cómo el concepto personal-funcional de patrimonio permite una coherente exposición del fundamento de estos deberes (2).

Los hechos probados que acepta el Tribunal Supremo, que tienen relevancia a efectos de este comentario, son los siguientes:

– El día 24 de noviembre de 1988 se constituyó la entidad «Servicios Generales de Promoción, S. L.» (SYG), cuyo objeto social era el de actuar de intermediaria en todo género de publicidad exterior.

– La sociedad se constituyó por Beatriz y por Fidel, con un capital social de 500.000 pesetas (3.005,06 euros), dividido en 500 participaciones de un valor nominal cada una de ellas de 1.000 pesetas (6,01 euros), el cual fue desembolsado por los socios en idéntica proporción de 250 participaciones por importe de 250.000 pesetas (1.502,53 euros). Beatriz estaba casada en esa fecha en régimen económico-matrimonial de gananciales con José Manuel (acusado y condenado).

– Se acordó que la sociedad sería administrada por tres Administradores solidarios, para lo que se designó, además de ambos socios, a José Manuel, que aceptó el cargo. No obstante esta designación formal, desde el inicio de sus actividades la gestión de la sociedad fue asumida de forma exclusiva por José Manuel, que fue designado el día 15 de abril de 1992.

– La sociedad encomendó al despacho profesional de Fidel el asesoramiento fiscal, sin que conste acreditado que éste tuviera alguna otra intervención en la gestión social. Fidel, por tanto, *es un especialista en temas fiscales*.

– Durante los años 1993 y 1994 José Manuel ocultó a Fidel el volumen real de facturación de SYG y lo percibido a través de las cuentas bancarias de la misma por importes de 59.537.148 pesetas (357.825,47 euros), de los que 48.075.440 pesetas (288.939,21 euros) correspondían a facturación comprobada y no contabilizada, lo que provocó que Fidel, ante la creencia errónea de la limi-

cuando afirma que terminológicamente sería más acertado aludir no a la existencia de «deberes» que pesen sobre la víctima, sino a hacer valer en la imputación jurídico-penal el carácter autónomo de la conducta de la víctima.

(2) Sirva por ahora la muy interesante sugerencia de FARALDO CABANA, *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Valencia, 2003, p. 213, que apunta la posibilidad de aplicar criterios de autorresponsabilidad de la víctima en el ámbito de los delitos societarios.

tada rentabilidad de la inversión por él realizada, accediera a la pretensión del acusado de que le transmitiera 85 de sus participaciones por la cantidad total de 100.000 pesetas (601,01 euros), no obstante tener un valor estimado de 7.791.282 pesetas (46.826,55 euros), transmisión que se hizo efectiva en el mes de febrero de 1995.

– José Manuel, aprovechando su condición de administrador, propició que se efectuara una contabilidad que no reflejaba el volumen real de facturación y lo percibido a través de las cuentas bancarias, con el objeto de quedarse con la diferencia entre lo declarado y lo realmente percibido (3). De este modo se presentaron en el Registro Mercantil unas cuentas de los años 1995 y 1996 que no se correspondían con la situación económica de la entidad; no correspondiéndose tampoco con la realidad los ingresos consignados en las declaraciones del Impuesto de Sociedades de los años 1993, 1994 y 1997 confeccionados sobre la base de esa contabilidad. El importe de los beneficios reales que hubiera obtenido Fidel hasta el año 1998 en el supuesto de que no se hubiera ocultado y transferido facturación de la sociedad SYG ascienden a la cantidad de 113.777.400 pesetas (683.815,95 euros) (4).

El Recurso de Casación cuestiona la concurrencia del engaño en base a la circunstancia de ser el perjudicado un experto asesor fiscal, y que conocía que las personas que él había seleccionado para llevar la contabilidad realizaban los documentos contables sin contar con los extractos bancarios justificativos de los ingresos. Es decir, pudo adoptar medidas elementales de comprobación y control como solicitar al Banco un extracto histórico de movimientos de las cuentas, sin que las especiales relaciones de amistad que los vinculaban excuse su falta de diligencia y su propia responsabilidad sobre los hechos.

II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

¿Tiene el Derecho penal patrimonial que proteger a quien no articula mecanismos primarios de autoprotección, esto es, a quien pudiendo pro-

(3) Para ello se valió de la entidad «Bus Publicidad, S. A.». Esta mercantil sirvió para transferir parte de la facturación de SYG con la finalidad de compensar fiscalmente los ingresos de esta última con las pérdidas de aquella, propiciándose por el acusado el que se efectuara una contabilidad que no reflejaba la situación económica de la entidad. En el mes de noviembre de 1998, Fidel accedió a la pretensión de José Manuel de que transmitiera sus 11 acciones de «Bus Publicidad, S. A.», a Juan, quien asumió la gestión de la sociedad como administrador, accediendo a ello Fidel por el simbólico precio de una peseta, por considerar que no tenía actividad y, por tanto, carecía de valor.

(4) El día 19 de abril de 1999, Juan, administrador de la entidad «Bus Publicidad, S. A.», otorgó un poder con todas las facultades necesarias para representar y gestionar la sociedad a José Manuel, y de común acuerdo procedieron a dejar sin actividad comercial a la entidad SYG, derivando la misma a «Bus Publicidad, S. A.», que llegó a hacerse con la concesión, anteriormente suscrita por SYG, de la publicidad de la EMT de Málaga, y hasta el extremo que en la actualidad SYG tan sólo tiene como empleado a Braulio, habiendo sido traspasados algunos empleados de ésta a Bus Publicidad, entre ellos los comerciales que generaban el negocio publicitario, y sin que conste que SYG desempeñe alguna actividad.

tegerse no lo hace? En función de cómo se responda a esta cuestión, ¿tiene la «víctima potencial» una *obligación* jurídico-penalmente exigible de articular tales mecanismos? ¿Cómo es posible fundamentar dogmáticamente tal sistema a partir de los criterios tradicionales de imputación objetiva (creación del riesgo típico y realización del riesgo creado en el resultado)? ¿Nos encontramos únicamente ante una estructura aplicable a la estafa por sus peculiaridades estructurales? Las respuestas a todas estas cuestiones deben tomar en consideración, como premisa, cuál sea el fin de protección de la norma de los delitos patrimoniales.

Tradicionalmente se ha venido recurriendo por la dogmática penal a la idea de «autorresponsabilidad» en aquellos ámbitos en los que la víctima interviene en la actividad generadora del riesgo. Ahora bien, como certeramente han expuesto gran cantidad de autores, destacando muy particularmente la aportación a la discusión de Cancio Meliá, el núcleo de la idea de autorresponsabilidad se desmembra en los criterios de autonomía y de responsabilidad (5). Según el primero de ellos, que cuenta como fundamento con el artículo 10.1 CE, a todo ciudadano le corresponde un ámbito de organización propio de su ámbito vital; mientras que, según el segundo criterio, también le corresponde inicialmente a él la responsabilidad que se pueda derivar precisamente de su autoorganización. La idea de autorresponsabilidad sólo puede operar en ámbitos normativos orientados a garantizar la libertad frente a intromisiones en la esfera de la víctima: ¿los delitos patrimoniales participan de esta nota de autorresponsabilidad? Creo que, al menos en la estafa, sus peculiaridades estructurales hacen que sí se pueda predicar dicho carácter. Por otra parte, dicha interpretación puede venir propiciada desde una concepción personal-funcional del patrimonio como bien jurídico-penal.

III. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS DEBERES DE AUTOPROTECCIÓN EN LA ESTAFA

Los ámbitos principales de la práctica forense en los que se plantea este *topos* son los de las relaciones bancarias y las relaciones

(5) Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 2.^a ed., Barcelona, 2001, pp. 279 y ss. Si bien el autor expresamente deja fuera de su trabajo el análisis de la autorresponsabilidad en delitos como la estafa (*vide ibidem* p. 21), creo que la conceptualización genérica es perfectamente aplicable a esta figura delictiva, máxime cuando estimo que el concepto de patrimonio penalmente protegido en este delito es de naturaleza personal-funcional, vinculándolo también con el artículo 10.1 CE. *Vide* por ejemplo, GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, 2002, pp. 250 y ss.

financieras. Dentro de las estafas en el ámbito bancario, a su vez, podemos diferenciar los grupos de casos que se presentan con mayor frecuencia:

a) *En las aperturas de líneas de crédito*

En las aperturas de líneas de crédito, un nutrido *corpus* jurisprudencial estima que no puede reputarse engaño *bastante* los supuestos de mera declaración unilateral, sin soporte documental, de posesión de bienes que no se corresponde con la realidad. Sucede en estos casos que la entidad bancaria, ante la situación de impago de cuotas o ante descubiertos en cuentas vinculadas con las líneas de crédito, intenta llevar a cabo acciones judiciales sobre los bienes que en su momento el beneficiario del crédito declaró tener, comprobando que la declaración era falsa: la solvencia era inexistente o menor que la declarada (6).

Dejando al margen la tipificación como eventual delito de falsedad documental, un sector jurisprudencial afirma que en estos casos no hay engaño típico en aplicación de la doctrina de los «deberes de auto-protección» de la víctima, bien porque el sujeto pasivo se ha dejado engañar porque era fácil salir del error, acudiendo a Registros públicos (7), o porque utilizando los deberes mínimos del sector de actividad debía haberse dado cuenta del engaño: si el crédito se concede y no se puede pagar al vencimiento, el perjuicio sólo es imputable a la mera negligencia de la víctima (8).

Pero esta solución se matiza cuando el sujeto activo presenta documentos falsos o inauténticos tendentes a simular su situación de solvencia. En estos casos generalmente se acepta el engaño como *bastante*, sin que se exija al sujeto pasivo una ulterior comprobación en la medida en que el documento aportado presente una apariencia de normalidad (9).

(6) Cfr. también sobre esta cuestión FERNÁNDEZ TERUELO, «Los créditos bancarios y el Derecho Penal», *LL*, 21 de enero de 2000, *passim*.

(7) SSAP de Murcia de 9 de septiembre de 2000, sec. 4.ª; Barcelona, 7 de octubre de 1998.

(8) Cfr. PÉREZ MANZANO, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *LH-Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 305 y s.

(9) SAP de Valencia de 21 de mayo de 2002, sec. 1.ª: sujeto activo facilita a un tercero los datos de su hermano que es incapaz. Con los datos del hermano el tercero otorga una factura falsa que acredita que el sujeto activo es trabajador con antigüedad de cuatro años. La entidad financiera no solicita dos nóminas, como era usual según criterios internos de funcionamiento. A pesar de ello otorga el crédito. Matizadamente SAP de Valencia de 7 de septiembre de 2001, sec. 3.ª: «se aprecia también la ausencia del elemento del engaño bastante, esencial para la existencia del delito de estafa, ya

b) *Descuento bancario de documentos mercantiles y/o efectos cambiarios que no obedecen a negocio subyacente*

Uno de los principales grupos de casos es el de la presentación al descuento bancario de documentos mercantiles y/o efectos cambiarios que no obedecen a operación alguna, sin que la entidad bancaria conozca este extremo, de tal modo que se procede a efectuar el descuento comprobándose al vencimiento de dichos efectos que realmente no obedecían a operación alguna (10). Así las cosas, se produce el perjuicio patrimonial a la entidad financiera porque no consigue cobrar del obligado cedido ya que no era un tal obligado al pago, siendo generalmente que el título que se descontó no obedecía a operación financiera o mercantil alguna, alegándose la existencia de una falsedad documental en lo que respecta a la propia firma.

El descuento de letras de cambio implica el abono del importe descontado y su posibilidad de disposición por el titular de la cuenta o persona autorizada (11). El contrato de descuento bancario es un negocio jurídico que tiene dos elementos: por una parte es un contrato de préstamo al descontante y, por la otra, se produce una cesión del crédito para el pago del préstamo (no en pago de un préstamo), esto es, es un negocio *pro solvendo* que no extingue la deuda, quedando ésta en suspenso hasta su efectivo cobro. Es por ello que un elemento esencial de estas operaciones es siempre la cláusula «salvo buen fin» del crédito cedido, en

que el hoy apelante solicitó un crédito al consumo a la sociedad Hispamer, facilitando a la misma no sólo la nómina falsa, sino todos sus datos personales verdaderos, relativos a DNI, número de cuenta bancaria, etc. y dicha empresa de financiación, tras comprobar todos los datos y no solo la nómina falsa, evaluó los mismos y optó por conceder el crédito al consumo para financiar la compra de electrodomésticos. Teniendo en cuenta que el engaño ha de ser bastante para engendrar error en el disponente, así como el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en el hecho, en el presente caso, en especial las subjetivas al ser el sujeto pasivo del engaño un profesional especializado en la concesión de créditos al consumo y habituado a evaluar riesgos y realizar comprobaciones de datos, desconociendo la importancia que se le dio a la nómina para la concesión del crédito, no se puede llegar a saber si el engaño fue bastante, considerando que, desde el momento en que solicitan más datos al solicitante del crédito, es porque la nómina por sí misma no tiene entidad suficiente para determinar la concesión del crédito, con lo que se podría llegar a la conclusión de que dicha nómina no es engaño bastante.

(10) En general, sobre la problemática que presenta en la estafa la utilización de letras de cambio como medio de pago (descuento de letras no comerciales, letras de favor, letras en blanco y endoso limitado encubierto) *vide* por todos el muy documentado trabajo de VARONA GÓMEZ, *Estafa y Falsedad en Títulos-Valores (Cheque, Pagaré y Letra de Cambio)*, Pamplona, 2002, pp. 34 y ss. En la jurisprudencia, sobre la atipicidad en el ámbito del descuento de letras de favor *vide* SAP Ciudad Real 12 de febrero de 2001, sec. 1.ª; sobre la diferencia de tratamiento jurídico-penal entre letras ficticias y letras de favor, por todas SAP Barcelona 21 de junio de 2000, sec. 2.ª.

(11) *Vide* STS 25 de mayo de 2003.

cuya virtud si el deudor cedido no paga al vencimiento, está obligado a hacerlo el cedente, sin perjuicio del eventual nacimiento de una acción de reembolso. Por exponerlo en términos de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 10 de marzo de 2000: «por el contrato llamado de descuento, el poseedor de un título valor no vencido (o de un crédito ordinario) lo transfiere a una persona natural o jurídica, generalmente un banco, para que le anticipe su importe con ciertas deducciones o descuento, de donde toma su nombre, con independencia del contrato subyacente del que surgieron los efectos descontados. Una de las características del referido contrato de descuento es la de ser un contrato autónomo, en el que solamente son partes contratantes el cedente de los títulos (descontatario) y el banco descontante, sin que de dicho contrato, en sí mismo considerado, se desprenda obligación alguna para el deudor de los títulos cedidos y descontados. (...) Otra de las notas características de todo contrato de descuento es la de que la cesión al banco descontante de los títulos descontados es una cesión «*pro solvendo*» (no «*pro soluto*») y condicionada, por tanto, al buen fin de los expresados títulos (que éste es el sentido de la expresión «salvo buen fin», que es esencial en toda operación de descuento), de tal modo que, si llegado el vencimiento de los títulos descontados, éstos no son hechos efectivos por el obligado al pago de los mismos, es evidente el derecho del banco descontante a que quien obtuvo el descuento (descontatario) le reeintegre el importe de los expresados títulos (...)). Es decir, si no se produce el pago al vencimiento, el tenedor tiene la posibilidad de dirigirse contra el aceptante o librado, o, en su caso, contra el librador, en vía de regreso (acción de reembolso), para hacer efectivo el importe anticipado.

Un supuesto que hay que delimitar claramente de estos casos de descuentos bancarios son los denominados «descuentos impropios», consistentes en descuentos de letras no aceptadas. En estos supuestos nos encontramos ante un préstamo garantizado con una acción ejecutiva dimanante de la firma de la letra, de tal modo que la garantía adicional que obtiene el descontante es la de contar con un título ejecutivo, con las ventajas procesales que de ello se derivan. Pero nada más.

Con carácter general se reputa típica la conducta consistente en emitir letras vacías o de colusión, con librados imaginarios o reales pero no deudores, apropiarse del precio del descuento de tal modo que cuando las letras regresan devueltas el descontante se ha hecho insolvente o no paga (12). Del mismo modo, también parece reinar acuerdo en no calificar como estafa los casos de descuento de cambiales no aceptadas por sus librados, ya que éstos no asumen ninguna obliga-

(12) Cfr. en este sentido, ejemplificativamente, SSTS 10 de junio de 2000 y 19 de junio de 2000. *Vide* también SAP Zaragoza 3 de octubre de 2001, sec. 3.^a Aun cuando es bastante discutible que quepa calificar como estafa los casos de descuento de letras vacías. Como VARONA GÓMEZ, *Estafa y Falsedad en Títulos-Valores (Cheque, Pagaré y Letra de Cambio)*, Pamplona, 2002, p. 43, ha puesto de relieve, las entidades bancarias toleran el descuento de letras vacías debido a las sustanciosas comisiones que por ello cobran para, de este modo, compensar los impagos puntuales con el monto total de comisiones cobradas.

ción cambiaria, de tal modo que la entidad bancaria que descuenta estos efectos lo hace únicamente por la confianza que el librador de la letra pueda merecerle, pero «asumiendo el riesgo representado por el descuento de estas letras» (13).

En cambio, una consolidada línea jurisprudencial entiende que en los casos de descuento de letras que no obedecen a una realidad negocial previa, no procede acordar la existencia de un engaño *bastante* (14). Particularmente destacables son las argumentaciones contenidas en la SAP Toledo 1 junio 2005, sec. 2.^a En esta resolución se afirma que las obligaciones de la entidad bancaria que descuenta efectos mercantiles y/o comerciales se concreta en, «además de un estudio general de su cedente, la entidad está obligada a analizar singularmente cada uno de los títulos o documentos de crédito con terceros que se presentan para ser descontados, admitiendo o rechazando aquellos en virtud de las diversas informaciones que diariamente recaban del mercado, de terceros informadores, etc., siendo habitual que dichas entidades se procuren otras garantías accesorias, bien de índole personal (recogiendo afianzamiento de terceros a favor de la empresa descontanti) o de naturaleza real (prenda de otros efectos o afección de depósitos del cedente o de terceros)». De este modo, sigue diciendo la referida Sentencia, «el propósito que persigue la entidad de crédito es lograr que la operación de descuento llegue a buen fin y que, a la fecha de vencimiento de la letra, ésta sea satisfecha por el aceptante. Por ello, si la operación en particular entraña un grave riesgo, tras examinar en concreto el supuesto específico planteado (si concurre una preocupación por la posible insolvencia de su acreditado o porque

(13) *Vide* por ejemplo STS 19 de diciembre de 2001. En un sentido parcialmente coincidente con el expuesto en el texto *vide* SAP Albacete 31 de diciembre de 1999, sec. 1.^a.

(14) A pesar de la consolidada línea jurisprudencial de la que se da cuenta en el texto, no podemos silenciar la existencia de otra línea que afirma que en todo caso hay delito si, además de la presentación de efectos mercantiles para su descuento que no obedecen a negocio subyacente alguno, para la propia apertura de la línea de descuento se presentó documentación falsa sobre la solvencia de la entidad. A estos efectos es particularmente clarificadora la STS 29 de enero de 2002, afirmando que en estos supuestos: «El engaño típico se desarrolla en dos momentos. El primero con la solicitud de apertura de una línea de descuento, presentando un balance auditado de la contabilidad de la empresa, respecto al que el tribunal dice que si bien hubo un exceso de confianza, con reiteración de los términos empleados por el apoderado de la entidad bancaria, ese exceso no supone que no exista el engaño pues se complementa con una segunda conducta engañosa, la presentación de títulos de crédito inexistentes jurídicamente que conformaron, definitivamente, la apariencia de solvencia que integraría el engaño a la entidad bancaria».

el negocio jurídico causal que supuestamente dé lugar al libramiento no aparece debidamente acreditada en su realidad) y pese a ello se acepta el descuento de ese título y posteriormente el título no es satisfecho a su vencimiento por el aceptante y no puede resarcirse por la vía del descuento con las garantías complementarias contratadas, *el perjuicio sufrido es en gran medida propiciado por la propia actividad de la entidad afectada, al incumplir aquélla el deber de autoprotección que le incumbe*; encontrándose en su propio ámbito de competencia la posibilidad real de prevenir y evitar ese riesgo, por lo que la actuación no es merecedora de protección penal en aplicación del principio de subsidiariedad del Derecho Penal» (15).

En este mismo orden de cosas, bastantes resoluciones acuden a consideraciones de autopuesta en peligro de la víctima potencial, o de no verificación de conducta alguna de autoprotección para excluir la tipicidad de la estafa.

Sirvan las siguientes resoluciones para exponer algunas de las argumentaciones que se acostumbran a aducir para esa calificación. Así, por ejemplo, la STS 27 de noviembre de 2000, afirma que «no puede considerarse que la entidad bancaria hubiera sufrido engaño bastante en cuanto *no ha desplegado actividad alguna encaminada a averiguar que los recibos descontados no respondían a operación comercial alguna*, lo que le era perfectamente factible, y en este caso difícilmente puede defenderse el engaño cuando la entidad bancaria admitió el descuento determinada por la existencia de una póliza de afianzamiento de operaciones mercantiles. Tampoco resulta de los hechos que se declaran probados que el fiador otorgante de la póliza hubiese sufrido engaño al suscribirla». En la STS 12 de julio de 2002 se hace constar: el descuento de las letras tuvo lugar en unas circunstancias que convierten en problemática la posibilidad de que el engaño, si hubiese mediado, pudiese ser considerado bastante. Es suficiente, a tal efecto, recordar con suma brevedad los datos que cuidadosamente se ponderan en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia combatida: a) el descuento de letras de cambio es siempre una operación bancaria de riesgo, b) este riesgo es obviamente mayor cuando una entidad no bancaria descuenta papel comercial a quien, como era el caso del imputado, no tiene acceso a una línea de descuento bancario; c) *el riesgo se incrementa aún más si la entidad tomadora de las letras las descuenta sin realizar indagación alguna sobre el librador de las mismas y sin más garantía que la posibilidad de ejercitar la acción cambiaria y renegociar la deuda incorporando nuevos obligados de la misma índole mercantil*, como en el caso está demostrado por la rapidez con que se aceptaba el descuento —a veces

(15) Otra argumentación diferente es la que se contiene, por ejemplo, en la STS 29 de enero de 2002, en la STS 31 de octubre de 2001 y en la SAP Alicante 16 de octubre de 1998, sec. 3.^a. Estas resoluciones afirman la inexistencia de estafa en casos en que se presentan al descuento letras que no obedecen a operación mercantil alguna, afirmando que en estos supuestos el engaño es *subsequens* al acto de disposición patrimonial, confundándose la apertura de la línea de crédito con el descuento de las cambiales, y ubicando el problema en sede de tipo subjetivo y no en el análisis del engaño «bastante».

al día siguiente de la solicitud– y *sin exigir, salvo en la presentación de la última remesa, que se acredite la realidad y suficiencia de los créditos representados en los efectos*. Quiere esto decir que, en el supuesto enjuiciado, los representantes de la entidad querellante, profesionalmente dedicados a estas actividades de financiación, actuaron con plena conciencia del altísimo riesgo que comportaba el descuento de las letras –riesgo que intentaban compensar cobrando un interés que puede ser tenido por usurario por exceder notablemente del normal–, por lo que su falta de diligencia se debe reputar incompatible con la pretensión de que se les considere víctimas de un engaño bastante, inducidos por los acusados a un error y, consiguientemente, sujetos pasivos de una estafa».

c) *No comprobar datos del titular cuando se efectúan pagos con tarjetas de crédito*

Sí que es unánime la Jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo (16) como de las diversas Audiencias Provinciales (17), que en los casos de no comprobación de la identidad del titular de tarjeta de crédito ajena entiende que no puede hablarse de engaño *bastante* que integre la estafa de tal modo que, sin perjuicio de las eventuales acciones civiles que procedan, no puede apreciarse en estos supuestos la existencia de un delito de estafa.

d) *Otros supuestos*

Encuadrables o no en el ámbito de estafas bancarias, se advierten en la práctica algunos casos que tienen como elemento común una actuación contraria a los usos bancarios (no comprobar que la relación

(16) *Vide* por ejemplo STS 3 de mayo de 2000: pago con tarjeta de crédito ajena, pero presentando su propio DNI y facilitando su propio nombre.

(17) Cfr. SAP Barcelona 1 de diciembre de 2004, sec. 2.ª: «a establecimientos comerciales como el indicado les es exigible un especial deber de autoprotección resultando de elemental exigencia el que comprueben la identidad de la persona que solicita o a la que ofrecen su tarjeta y la corrección de los datos facilitados por la misma»; SSAP Barcelona 12 de noviembre de 2001, sec. 8.ª, y 6 de marzo de 2001. En sentido similar SAP Girona 5 de noviembre de 2002, sec. 2.ª: «Es un deber elemental del empleado de la casa vendedora realizar esa comprobación (scil. comprobar la identidad entre la firma que consta en la tarjeta de crédito y la que pone el cliente en el documento de venta). Para eso contiene la tarjeta la firma del titular, para evitar que pueda ser utilizada, como aquí ocurrió, por persona distinta. Y tal comprobación aquí no se hizo, porque, si la hubiera realizado, aunque hubiera sido de modo rápido y somero, indudablemente tal empleado se habría dado cuenta de la diferencia existente con la que contenía la tarjeta... circunstancias que no dejan lugar a dudas acerca de la insuficiencia del engaño utilizado para inducir a error a nadie que se hubiera molestado en realizar la mencionada comprobación, como era obligado por el oficio que estaba desempeñando la persona engañada. *Vide* también SAP Girona 7 de junio de 2001, sec. 3.ª: utilización de tarjeta de crédito de una mujer por un hombre; cfr. SAP Girona 17 de junio de 2002, sec. 3.ª

de bienes que se ofrece por el cliente para la obtención de un crédito es cierta ni que los bienes están gravados, disposición del importe de cheques no conformados en oficina distinta a la que se tiene la cuenta corriente contra la que se libra sin verificar si hay fondos (18); descuento de cheques sin pedir conformidad (19), retirada de fondos sin identificar debidamente a la persona que pretende efectuar la operación (20) ...), o una actuación contraria a lo que debería ser el normal comportamiento de un profesional del tráfico jurídico que evalúa mínimamente los riesgos de su actuación (21).

Otro de los ámbitos de operatividad de este elemento, más en el plano dogmático que práctico, es el de las dudas de la propia víctima, cuestión que está íntimamente vinculada con la de la responsabilidad omisiva del sujeto activo, pues en la gran mayoría de casos habrá que analizar en qué medida puede exigirse responsabilidad al sujeto activo por no sacar de esa duda al sujeto pasivo del engaño (22). Si en los casos usuales de estafa el engañado desconoce que el acto de disposición patrimonial es patrimonialmente perjudicial, aquí se trata de decidir si estamos ante un engaño bastante en los casos en que el sujeto pasivo tiene dudas sobre el carácter perjudicial de su acto de disposición patrimonial. Creo, con Pérez del Valle que la posición de garante en la estafa trata de garantizar la evitación de la formación de representaciones equivocadas a la víctima, y no tanto la evitación de un perjuicio patrimonial (23), precisamente porque al encontrarnos ante un delito relacional de autoperjuicio inconsciente, en el ámbito de la imputación objetiva existe un ámbito de operatividad para el principio de autoprotección de la víctima en los términos en que expondremos más

(18) STS 22 de diciembre de 2000. De otra opinión parece la STS 5 de julio de 2001.

(19) STS 1 de julio de 1998.

(20) STS 29 de octubre de 1998. *Vide* también SAP Murcia 9 de septiembre de 2000.

(21) En la SAP Baleares 7 de julio de 2005, sec. 1.^a, se aborda el supuesto de un casino que, para facilitar el juego de clientes habituales de elevadas sumas, admite como medio de pago de las fichas, pagarés y cheques por valor de más de 2.300.000 pesetas sin adoptar cautela comercial alguna. Se declara que «la aceptación de los efectos bancarios en tales hipótesis, obedecerá a una política empresarial agresiva de propiciar el juego asumiendo con ello un riesgo empresarial incompatible con el error causalmente determinado por la simple expedición de unos efectos cambiarios».

(22) Ahora bien, es cierto que puede existir la duda al margen de la conducta del sujeto activo: A se hace pasar por agente inmobiliario y oferta a B un piso inexistente en inmejorables condiciones tanto de pago, como de habitabilidad. B no puede efectuar la compra y, casualmente comenta con su amigo C la oferta que ha dejado perder. C se dirige a A para, en las mismas condiciones propuestas a B, comprar el piso, lo que efectúa realmente. Soy consciente de que este supuesto es realmente de laboratorio, ya que lo normal es que C se dirija a A para confirmar la oferta, de tal modo que al menos existirá responsabilidad omisiva directa por parte de éste, cuando no responsabilidad comisiva si reproduce el engaño pretendido con B.

(23) Cfr. PÉREZ DEL VALLE, «El engaño omisivo en la estafa», *CPC*, 59, 1996, pp. 377 y 390 y ss.

adelante: no merece la protección penal propia de la estafa el sujeto pasivo que, conoedor al menos del riesgo de autoperjuicio que su conducta entraña, opta por la realización de la conducta perjudicial. Es por eso que creo que se puede afirmar que –nuevamente con Pérez del Valle–, en los casos de existencia en el sujeto pasivo de una previa situación de errónea representación de la realidad, en cuya configuración no ha intervenido en modo alguno el sujeto activo, pero a pesar de ello éste actúa con conocimiento de esta situación sin esclarecer ese error, *su no sacar del error confirman dicho error asumiendo las consecuencias del mismo*, siempre que exista obligación de actuar (24). Por su parte, Choclán Montalvo entiende típica sólo la conducta que determina *el nacimiento y no el mantenimiento del error*, a no ser que se trate de situaciones en que exista el deber jurídico de evitar, pues aquí sí que la omisión equivale a causar el error (25). A pesar de lo expuesto, esta solución no es *universalmente* válida, puesto que algunas regulaciones legales contemplan como conducta típica, precisamente, supuestos de mantenimiento de un error previo en el que el sujeto activo no ha intervenido. Serían, por ejemplo, los casos de Colombia que castiga a aquel que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno induciendo *o manteniendo a otro en error* por medio de artificios o engaños (art. 246); o de Dinamarca que considera como estafa (*bedrageri*) los casos en que alguien, con la intención de obtener un beneficio propio o ajeno, determine a otro mediante la creación antijurídica *o mantenimiento en un error* a la realización de una acción u omisión eficaz para ocasionar una pérdida patrimonial (§ 279); y también es el supuesto de Méjico que considera que comete el delito de fraude el que engañando a alguien *o aprovechándose del error en que éste se encuentra*, obtenga alguna cosa ajena o alcance un lucro indebido para sí o para otro (art. 152).

Recapitulando, para nuestros Tribunales el análisis eventual de los deberes de autoprotección es un problema estrictamente de la tipicidad de la estafa, y más precisamente del alcance que quepa dar al elemento típico «engaño», siendo que no todo engaño como manifestación errónea de la realidad referida a hechos debe ser considerado un engaño típico, sino aquél que cumpla la nota legal de ser *bastante* para provocar error en otro. En lo que sigue intentaré argumentar cómo estamos realmente ante un problema de imputación objetiva, y del alcance que tenga el patrimonio como bien jurídico-penal.

(24) Cfr. HRUSCHKA, «La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción», *ADPCP*, 1999, p. 465, para quien tampoco hay en estos casos estafa.

(25) Sobre este particular cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, pp. 140 y ss. Acepta este autor la tipicidad en los supuestos en que mantiene el error generado en la esfera de la víctima aumentando relevantemente el riesgo de lesión del bien jurídico e induciendo a la disposición patrimonial. *Ibidem* pp. 151, 155 y ss. Para la doctrina alemana, la conservación de un error como consecuencia de la conducta engañosa también es típica. Al respecto *vide* WESSELS, *Strafrecht, BT 2. Straftaten gegen Vermögenswerte*, 19.^a ed., Heidelberg, 1996, núm. 472.

IV. PECULIARIDADES ESTRUCTURALES DE LA ESTAFA

Mediante la estafa se castigan ataques defraudatorios contra elementos patrimoniales siendo el engaño, al decir de nuestros Tribunales, su elemento esencial (26). La jurisprudencia es unánime cuando considera que los elementos configuradores de la tipicidad objetiva del tipo básico, contemplado en el artículo 248.1 CP, son (27):

– Un engaño precedente o concurrente, calificado como «espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa» (28), hoy concebido con una amplia laxitud sin recurrirse, como antaño hacía la propia regulación legal, a farragosas ejemplificaciones casuísticas.

– El engaño ha de ser bastante en el sentido de suficiente y proporcional, debiendo tener la adecuada idoneidad para que en la convivencia social ordinaria actúe como estímulo eficiente del traspaso patrimonial, valorándose esa idoneidad atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de la totalidad de circunstancias del caso concreto, debiendo excluirse la existencia del engaño en los casos de burdas falacias o apreciables exageraciones que, en ocasiones, constituyen práctica social, pero sin excluir consideraciones subjetivas atinentes a la víctima o perjudicado y sin perder de vista el indudable relativismo que acompaña a todo engaño que surge y se corporiza *intuitu personae* (29).

(26) Sobre el concepto prejurídico de engaño *vide* GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, Madrid, 1991, p. 341.

(27) Junto a los requisitos objetivos que se examinarán –que deben concurrir diacrónicamente en el orden que se expondrá, y que deben poder ser imputados objetivamente–, el tipo subjetivo requiere del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto. En la doctrina últimamente *vide* por todos MAGALDI PATERNOSTRO, «Comentario artículo 263 CP», en CÓRDOBA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal*, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 746 y ss. Se muestra crítico con la formulación legal del tipo de estafa OTTO, *Grundkurs Strafrecht, BT: Die einzelnen Delikte*, 5.^a ed., 1998, Berlín-New York, p. 213 (§ 51, II).

(28) Sobre la caracterización jurisprudencial del engaño, por todos, *vide* CHOC-LÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, pp. 87 y ss.: el engaño debe ser antecedente, causante y bastante.

(29) Son un claro reflejo de esta afirmación las manifestaciones contenidas en la STS 26 de julio de 2000 –Sentencia 1349/2000– cuando afirma que la doctrina jurisprudencial mayoritaria acude a un doble módulo –objetivo y subjetivo– para determinar la eficacia del engaño, debiendo valorarse, a pesar de ello, *intuitu personae* la condición de «bastante» del engaño. Esta resolución va algo más allá y establece expresamente la siguiente regla general que, afirma, sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas: *el engaño ha de entenderse bastante*

– Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo de la acción engañosa, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del autor, determinante del vicio de voluntad. El error implica un conocimiento viciado de la realidad provocado por el engaño, una contradicción entre lo representado y la realidad (30), aunque en puridad técnica engaño y causación de un error no son equivalentes (31). Esta dinámica requiere que el sujeto pasivo tenga una cierta capacidad de conocer los hechos suministrados ya que, en caso negativo habrá que aceptar la calificación por hurto (32) (en autoría mediata) y no por estafa.

– El error tiene que motivar un acto de disposición patrimonial en el engañado, que puede consistir en un hacer –donar, gravar, comprar, enajenar, prestar un servicio...–, en un mero tolerar o incluso en un omitir, de tal modo que este elemento se define principalmente por el resultado que causa inmediatamente (33). Cabe reputar por tal todo acto por el cual un elemento patrimonial sale de la esfera de dominio de su titular, sin que sea preciso un desplazamiento patrimonial, pues son concebibles supuestos de asunción de una obligación o deuda que disminuya el activo patrimonial (34). La principal función de este elemento se encuentra en su utilidad para delimitar la estafa del hurto, al concebirse ésta como un delito de autoperjuicio inconsciente (35). El disponente tiene que ser el engañado, aunque no es

cuando haya producido sus efectos defraudadores logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. La excepción a esta regla se producirá cuando nos encontremos ante supuestos de engaños burdos, groseros o esperpénticos (sic).

(30) Así también LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, § 263, núm. 18.

(31) En este sentido, por todos BOCKELMANN, *Strafrecht BT/I*, p. 69.

(32) Así ANTÓN ONECA, «Estafa», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. IX, Barcelona, 1958, p. 65, y CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, pp. 49 y 152.

(33) Cfr. PUPPE, *Vermögensverfügung und Vermögensschaden...*, p. 13. En general sobre el alcance de este elemento vide GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, pp. 436 y ss. y KÜPER, BT, p. 339. Precisamente a partir de este elemento RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, p. 285, destaca el derecho al cumplimiento de la obligación como elemento especialmente protegido en la estafa si se la analiza desde la dimensión del derecho de crédito.

(34) Así por ejemplo CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, p. 161.

(35) Vide LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, § 263, núm. 22. Expone JOECKS, *Zur Vermögensverfügung beim Betrug*, Köln, 1982, p. 46, que la operatividad de este elemento es, en primer lugar, la delimitación de la estafa con el hurto y la apropiación

preciso que el engañado-disponente sea a su vez el perjudicado por el acto de disposición patrimonial, lo que es especialmente relevante en las denominadas «estafas triangulares» –engañado-disponente no es el perjudicado patrimonial– (36) y en la delimitación con el hurto en autoría mediata. Si el disponente es distinto al titular patrimonial, tiene que tener algún poder de disposición jurídicamente relevante sobre el patrimonio. No tiene que bastar la mera posibilidad fáctica de disposición sobre el patrimonio ajeno (37). A este respecto hay que notar cómo existen fundamentalmente dos posturas (38): 1) teoría de la situación, bastando que el engañado tenga una mera relación de detentación fáctica del objeto en cuestión (39); mientras que para 2) la teoría de la autorización jurídica es preciso que exista un poder de disposición en sentido jurídico.

– Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio sufrido, abogando en los últimos tiempos la mejor dogmática por la aplicación de los criterios de la imputación objetiva en este ámbito. El resultado típico de la estafa lo configura la existencia de un perjuicio patrimonial (propio –*scil.* del disponente– o de tercero (40) motivado por el acto de disposición que trae causa del error (41).

La estafa es un tipo que requiere verificar la existencia de una cierta *relación* entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, ya que requiere para su realización de la contribución fáctica de la víctima, y por ello se le califica como «delito comunicativo» (42) o como «delito relacional» (43), que presupone un determinado comportamiento del sujeto

indebida. En general, sobre las relaciones entre el hurto y la estafa, por todos *vide* VOGEL, *Betrugsstrafrecht*, vol. II, pp. 904 y ss.

(36) Cfr. ANTÓN ONECA, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. IX, Barcelona, 1958, p. 66; OTTO, BT, p. 214; WESSELS/HILLENKAMP, BT/2, núm. 489, p. 197; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, § 263 núm. 28; OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen Dritter im Betrugsatbestand*, Berlín, 1994., *passim*, pero *vide* particularmente pp. 160, 169 y s., 170 y 205 y s.

(37) Sobre ello cfr. GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 2.^a ed., Berlín y Leipzig, 1932, pp. 636 y ss. cita en este mismo sentido a Binding.

(38) CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, p. 162.

(39) Aceptan esta postura WESSELS, BT 2, núm. 499; LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 263, núm. 23. Para ANTÓN ONECA, *Estafa*, p. 66, el acto de disposición patrimonial hay que entenderlo en un sentido amplio.

(40) Cfr. LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, § 263, núm. 28.

(41) Sobre la equiparación entre perjuicio patrimonial e incumplimiento obligatorio *vide* RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, p. 304.

(42) En términos de TIEDEMANN-LK, Berlín-New York, 2000, § 263, núm. 4.

(43) En general, sobre la consideración de la estafa como delito relacional *vide* R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik (Zugleich ein*

engañado (44). Ello obliga a tomar en consideración la participación de la víctima o del sujeto pasivo en sede de imputación objetiva (45), a los efectos de considerar la operatividad del principio de autorresponsabilidad como concreción del carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, sin que con ello pretenda convertirse el juicio de imputación objetiva –de un resultado a una conducta– en un juicio sobre la credulidad o diligencia de los consumidores (46), lo que no se justificaría ni dogmática ni político-criminalmente.

El análisis de la particular relación que media entre sujeto activo y disponente hace que se pueda contemplar la estafa como supuesto de delito de «autoperjuicio patrimonial inconsciente» en la medida en que el disponente desconoce –actúa en error– que su comportamiento es perjudicial para sus propios intereses patrimoniales o los de un tercero ya que el perjudicado puede ser, tanto el disponente como un tercero que tenga algún poder fáctico-jurídico sobre el patrimonio ajeno que dispone (47). En tanto que delito de «autoperjuicio inconsciente» no basta con acreditar la mera relación causal entre el engaño y el acto de disposición patrimonial (48), ya que el engañado-dispo-

Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmal, § 263 StGB), Berlín, 1981, pp. 114 y ss. y más recientemente entre nosotros CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, p. 115; PÉREZ MANZANO, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *LH-Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 292; GARCÍA RIVAS, «Estructura jurisprudencial del delito de estafa (Una revisión crítica de sus elementos objetivos)», en Boix Reig (dir.) *Falsedades y estafas (Análisis Jurisprudencial)*, Madrid, 2005, p. 36; MAGALDI PATERNOSTRO, «Comentario artículo 263 CP», en CÓRDOBA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal*, Madrid-Barcelona 2005, p. 742, y SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en SALVADOR CODERCH / SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad (Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica)*, Madrid, 1999, p. 99.

(44) Cfr. HRUSCHKA, «La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción», *ADPCP*, 1999, p. 453.

(45) Cfr. PÉREZ MANZANO, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *LH-Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 296 y ss., 302 y ss., *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires, 1985, pp. 173, 308.

(46) Como critica NAVARRO CARDOSO, «Algunas consideraciones sobre las estafas colectivas a los consumidores», *PJ*, 50, 1998, p. 181, en los casos en que se estiman restricciones vinculadas al fin de protección de la norma en supuestos de existencia de mecanismos de autoprotección. También GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, Madrid, 1991, pp. 366 y 388, critica las tesis que advierten un excesivo énfasis en la diligencia o negligencia de la víctima.

(47) Sobre la estafa como delito de autoperjuicio, tesis mayoritaria en la dogmática alemana, vide RENGIER, *Strafrecht BT I, Vermögensdelikte*, München, 1997, pp. 153 y ss. y todas las referencias contenidas en GERHOLD, *Zweckverfehlung und Vermögensschaden*, Berlín, 1988, p. 18.

(48) Sobre esto vide BACKMANN, *Die Abgrenzung des Betrugs von Diebstahl und Unterschlagung*; Köln y otras, p. 48.

nente precisamente ejecuta un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o de tercero porque desconoce que dicha disposición es gravosa, desconoce que actúa en error (49).

Con el recurso al argumento del autoperjuicio inconsciente se aplica el *principio de autorresponsabilidad de la víctima* de tal manera que se es muy exigente con quien tiene medidas de autoprotección y no las utiliza. Desde este punto de vista puede afirmarse que la estafa tiene elementos que guardan una cierta similitud con la teoría de la *prohibición de regreso* (50).

Pero también sucede que, esta estructura permite concebir la estafa como un supuesto expresamente tipificado de autoría mediata (51): el

(49) Sobre la distinción entre acto de perjuicio inconsciente y acto de disposición inconsciente *vide* BACKMANN, *Die Abgrenzung des Betrugs von Diebstahl und Unterschlagung*; Köln y otras, p. 48, nota 47.

(50) Sobre la relación de estas tesis y la teoría de la «prohibición de regreso», críticamente ELLScheid, «Das Problem der bewußten Selbstschädigung beim Betrug», GA, 1971, p. 165.

(51) *Vide* al respecto KINDHÄUSER, «Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft», FS-Günter BEMMANN, Baden-Baden, 1997, pp. 339 y ss., particularmente p. 348, *vide* las consecuencias que de ello se derivan particularmente en pp. 351 y ss.; NK-StGB-Kindhäuser, § 263, núm. 45, vol. II, 2.^a ed., Baden-Baden, 2005; GÖSSEL, BT, § 263, núm. 6; el mismo, «Probleme notwendiger Teilnahme bei Betrug, Steuerhinterziehung und Subventionsbetrug», wistra, 1985, p. 127; MIEHE, *Unbewußte Verfügungen*; Heidelberg, 1987, pp. 54 y ss.; GERHOLD, *Zweckverfehlung und Vermögensschaden*; Berlín, 1988, p. 64 in fine y s; implícitamente también lo asume WEIDEMANN, *Das Kompensationsproblem beim Betrug, (Diss.)*, Bonn, 1972, p. 197. Crítico FRISCH, «Funktion und Inhalt des “Irrtums” im Betrugtatbestand», FS-Bockelmann, München, 1979, pp. 651 y ss. y LACKNER-LK, § 263, núm. 172. Acoge estas tesis críticas también HARTMANN, *Der Problem der Zweckverfehlung beim Betrug*, Frankfurt, 1988, pp. 69 y ss. Cfr. también GRAUL, «Wider die Zweckverfehlungslehre beim Vermögensschaden (Zur teleologischen Reduktion des § 263 StGB bei bewußter Selbstschädigung)», FS-Hans Erich BRANDNER, Köln, 1996, pp. 821 y ss. También hacen mención expresa incidentalmente a la estructura de la autoría mediata CHOCALÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, p. 151; GÓMEZ BENÍTEZ, «Función y contenido del error en el tipo de estafa», ADPCP, 1985, p. 340; NAGLER-LK, *Leipziger Kommentar*, 6.^a y 7.^a eds., 1951, Berlín, § 263 II.2.c. (p. 441), y HERZBERG, «Bewußte Selbstschädigung beim Betrug», MDR, 1972, p. 95. Últimamente PASTOR MUÑOZ, «El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 77 y ss., particularmente nota 34; frente a esta autora yo sí creo que la estructura de la autoría mediata tiene alguna consecuencia en la comprensión del comportamiento típico. Por su parte, GONZÁLEZ RUS, en COBO (dir.), PE, I, p. 672, a propósito del dolo, parece reconocer que nos encontramos ante un supuesto especialmente típico de inducción: aquí no se induce a cometer un delito, sino que se induce a realizar un acto de disposición patrimonial que no se sabe gravoso. También alude a la estructura de la inducción MOHRBOTTER, «Grenzen des Vermögensschutzes beim Betrug», GA, 1975, p. 47.

instrumento es el disponente-engañado. Si el disponente conoce el engaño y además conoce los mecanismos jurídicos que tiene para conjurar el perjuicio patrimonial, se le puede equiparar al «instrumento doloso», que en sentido estricto no es instrumento pues actúa con conocimiento de la situación creada y de su valoración. ¿Tiene sentido en estos casos castigar al sujeto activo del engaño por una estafa consumada si efectivamente se produce el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo? (52). La mera causalidad entre el engaño del autor y la causación del perjuicio no puede ser suficiente para atribuir responsabilidad por el resultado (53). Pero, en la medida en que la conducta del sujeto activo haya creado el riesgo típico de la estafa, estaría fundamentado el castigo por la tentativa de estafa (54).

La estafa no protege toda causación de un perjuicio patrimonial, sino sólo aquéllas originadas por un engaño que llevan al sujeto pasivo de la conducta mendaz a efectuar un acto de disposición perjudicial. El primer nexo de imputación objetiva que hay que verificar es el de la relación de riesgo entre el engaño y el error. Sólo se castigan en la estafa conductas que presentan una idoneidad intersubjetiva para originar un error que motive una actuación económicamente irracional o, por decirlo en términos legales, el engaño tiene que ser *bastante*. Esta idoneidad intersubjetiva supone que habrá que atender a parámetros tanto objetivos como subjetivos, como reconocen unánimemente doctrina y jurisprudencia (55). El análisis de la conducta del sujeto activo

(52) También entienden que sólo puede hablarse de estafa cuando el autor utiliza al engañado como instrumento y no puede hablarse de tal cuando éste conoce su conducta CRAMER, ..., p. 207; SCHRÖDER, *NJW*, 1962, p. 722, y ELLSCHEID, «Das Problem der bewußten Selbstschädigung beim Betrug», *GA*, 1971, p. 165. Por otra parte, para MOHRBOTTER, «Grenzen des Vermögensschutzes beim Betrug», *GA*, 1975, p. 46, «el que el engañado tenga el pleno conocimiento de su autoperjuicio e incluso la voluntad de ello no excluye la estafa».

(53) En este mismo sentido cfr. también JAKOBS, *GA*, 1997, pp. 553 y ss.

(54) En estos casos de «perjuicio consciente» BINDING había negado la existencia de una estafa consumada por ruptura de nexo causal entre engaño y acto de disposición patrimonial. Críticamente contra las tesis de la ruptura del nexo causal en este ámbito ELLSCHEID, «Das Problem der bewußten Selbstschädigung beim Betrug», *GA*, 1971, p. 163.

(55) A pesar que la jurisprudencia oscile en cuanto al baremo que debe utilizarse en el enjuiciamiento del engaño, aludiendo indistintamente a criterios objetivos, subjetivos o individualizadores o a un criterio mixto objetivo-subjetivo. Sobre ello, por todos, con referencias jurisprudenciales, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, pp. 135 y ss. En opinión de GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, Madrid, 1991, p. 359, del término legal «bastante» no se deriva la adopción de posiciones objetivas, subjetivas, ni mixtas, para aludir a la entidad del engaño.

tiene que retrotraerse *ex ante facto* conforme a criterios intersubjetivos (objetivo-subjetivos) para establecer la idoneidad de una conducta que provoque un error en otra persona conforme a las circunstancias concretas del sujeto pasivo valoradas objetivamente de tal modo que, conforme a las circunstancias efectivamente conocidas, junto con las reconocibles para el hombre medio en el concreto sector de actividad económica que examinemos, puede afirmarse la existencia de un engaño suficiente para doblegar viciadamente la voluntad del sujeto pasivo del engaño (56).

V. FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA EN EL DELITO DE ESTAFA

La teoría de la imputación objetiva no es sólo un correctivo de la causalidad, sino una exigencia de la realización típica: es un elemento del tipo (de todo delito) (57). Su sentido normativo sirve, en palabras de Kindhäuser, para ofrecer el parámetro general esperable de la *Normbefolgungsfähigkeit*, esto es, de qué es lo que se puede esperar de un participante en el tráfico (58). Lo esencial en esta categoría es

(56) Incluso QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, *Infracciones patrimoniales de apoderamento*; 2.^a ed., puesta al día por C. García Valdés, Madrid, 1977, p. 590, se mostraba partidario de una comprensión que hoy denominaríamos «intersubjetiva» en la medida en que consideraba que la entidad del engaño había que tomarla en consideración a partir de su eficacia operativa.

(57) Destaca ROXIN que el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de la posible imputación) una acción típica. Cfr. ROXIN, «Derecho Penal», *PG*, tomo I, Madrid, 1997, § 11, BI, núm. 38. Sobre la imputación objetiva como requisito (normativo) implícito del tipo que supone atribución jurídica (teleológico-valorativa) de un resultado –imputación objetiva del resultado– a una acción como obra suya, cfr. también LUZON PEÑA, «Curso de DP», *PG*, I, Madrid, 1996, pp. 376 y ss. en los mismos términos que GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Qué es la imputación objetiva?», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, 3.^a ed., pp. 212 y ss. Este último pone de relieve que el contenido de la imputación objetiva se obtiene del sentido y fin de las prohibiciones (tipificaciones) penales, y de los principios que deben informarlas. «La imputación objetiva es un fantasma que recorre los tipos».

(58) Cfr. KINDHÄUSER, *Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, Teilband 1 Eigentumsdelikte*, Nomos, Baden-Baden, 1998, § 1, núm. 6. En núm. 7 pone de manifiesto el efecto mediato que posee para la dirección de conductas la garantía en las conductas esperadas (expectativas): por una parte se fortalece la confianza jurídica de los ciudadanos en que sus expectativas están protegidas y que

su referencia a valores y a fines (59), cuestión que en el caso del Derecho se traduce en vinculación a la misión que ésta cumple en la sociedad. Por lo tanto, el contenido de la imputación, es decir, los criterios de imputación, son contingentes, relativos y flexibles ya que dependen de los fines que el Derecho persiga *hic et nunc*. En esta línea argumental, los criterios de imputación en los delitos patrimoniales van a depender de la finalidad que se pretenda otorgar a estas figuras delictivas.

La imputación objetiva se puede definir como juicio que, atendiendo a criterios teleológicos-valorativos enmarcados en una visión funcional del Derecho penal, permite atribuir la lesión o puesta en peligro relevante de un bien jurídico (desvalor de resultado) a una conducta realizada por el autor contraria al deber impuesto por la norma jurídico-penal (desvalor de acción). En otros términos, es el juicio que permite atribuir jurídicamente la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución material (60). La imputación objetiva depende de la finalidad de la norma correspondiente al tipo penal respectivo. Es por ello que es particularmente trascendente identificar la finalidad de la norma contenida en el tipo de estafa y, en general, en todos los delitos contra elementos patrimoniales. De este modo, creo que falta en nuestra jurisprudencia y en nuestra doctrina vincular el fundamento de los deberes de autoprotección con el patrimonio como bien jurídico-penal. Y ello sin perjuicio de que evidentemente hay que afirmar que faltará la imputación objetiva de la conducta en los casos de disminución de riesgo, de ausencia de un determinado nivel de riesgo y en casos de riesgos socialmente adecuados o riesgo permitido (61). Del mismo modo, estimo que en este plano puede ser contemplada la denominada «imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima» [Cancio Meliá (62)].

sirven como orientaciones de comportamientos; por otro lado, la pena tiene el efecto de disuadir a potenciales autores de vulneración de las normas.

(59) Cfr. únicamente CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Méjico DF, 2001, p. 16.

(60) Cfr. sobre ello MIR PUIG, *Parte General*, L 10/47ss.

(61) Cfr. por todos MIR PUIG, *Parte General*, L 10/57, y CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, México DF, 2001, p. 73, quien incluye el «principio de confianza» dentro de esta estructura, lo que acepto plenamente. Destaca el dispar tratamiento existente sobre la significación y ubicación sistemática de la adecuación social ROXIN, «Derecho Penal», *PG*, Madrid, 1997, § 11, BI, núm. 55.

(62) Cfr. por ejemplo CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, México DF, 2001, pp. 88 y ss.; ídem, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, Barcelona, 2.ª ed., 2001, *passim*; ídem, «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (Imputación a la víctima)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1998-2, pp. 49 y ss.

Actualmente es unánime la comprensión que la estafa protege el patrimonio y no la verdad, la buena fe (63) o la confianza ajena (64), y ello a pesar de la existencia de algunas tesis recientes que vienen a significar un *renacimiento* del derecho a la verdad en este delito (65).

En esta última línea, Kindhäuser ha definido el delito de estafa como un delito que perjudica la libertad patrimonial y que se concreta en un derecho de la víctima a la veracidad que lesiona el autor; esto es, entiende la estafa como un delito contra la libertad que daña al patrimonio (66). Estas tesis tienen antecedentes en Mohrbotter, Ellmer e incluso en Frank (67). Alude Mohrbotter a la disposición que sanciona la estafa como norma de valoración y norma de determinación que obliga a no actuar de mala fe en los negocios jurídicos. Por su parte, Ellmer entiende «el pensamiento de protección de la confianza» como el principal elemento del desvalor de acción en la estafa, lo que no niega supone un *renacimiento del derecho a la verdad*, pero matizando las tesis clásicas. En su

(63) Sobre la importancia que ostenta la buena fe en el ámbito del contrato de seguro, por bien que sin llegar a configurar un bien jurídico-penal autónomo se ha pronunciado SERRANO-PIEDecasas, *La estafa en el contrato de seguro*, Barcelona, 1991, pp. 95 y ss. y 103. Cfr. también CHOCLÁN MONTALVO, El delito de estafa; Barcelona, 2000, pp. 64 y ss. Por su parte, para GUTIÉRREZ FRANCÉS, Fraude informático y estafa; Madrid, 1991, pp. 244 y ss., la buena fe es un interés adicional al patrimonio pero que no puede considerarse como bien jurídico adicional al patrimonio en la estafa.

(64) Así por ejemplo HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, Berlín, 1994, pp. 81 y ss., con ulteriores referencias; SERRANO-PIEDecasas, *La estafa en el contrato de seguro*, p. 87.

(65) Cfr. referencias contenidas en TIEDEMANN-LK, previo al § 263, núm. 22, y las críticas que dirige a estas tesis en núm. 25, pues en su opinión ni la buena fe ni un pretendido derecho a la verdad no son un bien jurídico inmediatamente protegido mediante la estafa. Crítico también con estas tesis, afirmando tajantemente que «no hay un derecho subjetivo a la veracidad» vide SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en SALVADOR CODERCH / SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad (Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica)*, Madrid, 1999, p. 105. Entre nosotros defiende este derecho a la verdad PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 217 y ss.

(66) KINDHÄUSER, «Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug», *ZStW*, 103 (1991), pp. 398 y ss. Crítico con las tesis de Kindhäuser se muestran GÖSSEL, *Strafrecht BT*, Bd. 2, § 21, núm. 2 y TIEDEMANN-LK, previo al § 263, núm. 25. Recientemente, en sentido similar se ha manifestado PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln y otras, 1999, pp. 259 y ss.

(67) Incluso FRANK defendía el «Derecho a la verdad» como bien jurídico protegido en la estafa (cfr. al respecto las referencias doctrinales contenidas en CRAMER, *Schönke/Schröder StGB-Kommentar*, 25.^a ed., München, 1997, § 263, núm. 1). Vide también MOHRBOTTER, «Der Bettel-, Spenden- und Subventionserschleichungsbruch. Ein Beitrag zum modernen Vermögensbegriff», *GA*, 1969, pp. 225 y ss.; matizadamente ídem «Grenzen des Vermögensschutzes beim Betrug», *GA*, 1975, p. 49. ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*; Berlín, 1986, pp. 273 y ss.

opinión, la confianza posibilita la reducción de la complejidad social, lo que en el ámbito del tipo de la estafa se concreta en que en desvalor de acción se configura por el abuso de confianza existente cuando el autor haya frustrado la confianza legítima. Así, una condición para la realización del tipo de estafa es que nos encontremos ante un caso de confianza legítima o ante un caso de confianza necesaria, esto es, que la víctima tiene que controlar su obligación de prudencia o asumir las medidas de seguridad cuando éstas sean razonables. En todo caso hay que puntualizar que estas tesis son minoritarias en la doctrina cuando se emiten tan absolutamente, pero un nutrido grupo de autores ponen de relieve cómo los ataques contra el patrimonio constituyen, en mayor o menor medida, un ataque contra la libertad de disposición patrimonial (68).

No se puede obviar en la discusión del bien jurídico-penal en la estafa que la estructura típica de esta infracción requiere de un ejercicio de libertad por parte del engañado y que precisamente ese ejercicio de libertad motivado por error es lo que justifica la propia existencia de este delito. La estafa requiere del disponente-engañado la realización de un acto de autoperjuicio inconsciente sobre cualquiera de los elementos que integran su patrimonio (69), de tal modo que difícilmente puede obviarse la existencia de un ejercicio de libertad de disposición patrimonial. Luego, si esto es así, es obligado considerar que junto al patrimonio como objeto material penalmente protegido en la estafa, existe otro elemento a considerar que es el acto de libertad negocial consistente en la prestación de un consentimiento nulo —en tanto que motivado por un engaño previo— a un acto de disposición patrimonial. Pero de ello no se deriva necesariamente que sea la libertad el *único* bien jurídico-penalmente protegido en la estafa, ni tan siquiera que la libertad —genéricamente considerada— encuentre protección jurídico-penal mediante este tipo.

Acepto, con la doctrina mayoritaria, que el bien jurídico-penalmente protegido mediante la estafa es el patrimonio pero, no puede

(68) Sirvan de momento, sobre esto último, las obras de GEERDS, «Schadensprobleme beim Betrug», *Jura*, 1994, p. 320; ASÚA BATARRITA, «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales», *ADPCP*, 1992, p. 117; ídem, «Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional», en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo: LH-Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 139; BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal (PE), Delitos patrimoniales y económicos*, 2.ª ed., Madrid, 1993, cap. VII, núm. 54A; PÉREZ MANZANO, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *LH-Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 303; GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*, Lübeck, 1990, p. 128.

(69) Salvo en casos de «estafas triangulares», donde el disponente-engañado no será el perjudicado en la medida en que se trata de un sujeto que, facultado para efectuar un acto de disposición sobre un patrimonio ajeno, no le deparará el perjuicio patrimonial a *su propio* patrimonio.

perderse de vista que la libertad de disposición es un elemento que posee relevancia a la hora de delimitar el propio concepto de patrimonio. En el concreto ámbito de la estafa, en la medida en que el sujeto activo obtenga una ventaja patrimonial aprovechando una situación de la víctima en la que ha configurado su libertad de disposición de forma no-libre –mediante engaño–, cualquier acto de disposición patrimonial que motive dicha ventaja podrá considerarse que ha vulnerado su libertad de autodeterminación en el ámbito económico, pues el acto aparece como no-libre (70). De ello concluyo que, en la estafa, y en los delitos contra el patrimonio en general, la libertad de disposición patrimonial tiene relevancia en el ámbito de protección penal, hasta el punto de dotar de contenido al fin de protección de la norma de los delitos patrimoniales, de tal modo que no se puede afirmar la existencia de una lesión patrimonial sin la existencia asimismo de lesión de la libertad de disposición patrimonial (71).

La Sentencia que aquí comentamos efectúa un correcto planteamiento dogmático de la cuestión, al entender que la cuestión de los deberes de autoprotección de la víctima debe decidirse en el ámbito normativo de la imputación objetiva en relación con el fin de protección de la norma (72). Concretamente, ubica esta problemática en el nivel de la creación del riesgo típicamente relevante (creación de un riesgo no permitido, contemplando también la adecuación social del engaño): el fin de protección de la norma es fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal. Conforme a lo anterior se estima que «la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relacio-

(70) PALOMBI, *Diritto penale dell'economia e dell'impresa*, p. 555, también destaca la libertad negocial como una faceta merecedora de tutela penal. Consecuentemente, *ibidem*, pp. 707 y ss., estudia la estafa en el capítulo referido a la tutela de la libertad negocial. Por su parte, la doctrina tradicional francesa entiende que la estafa es un delito contra la autonomía de la voluntad. Sobre esto *vide* WALTER, *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, Heidelberg, 1999, p. 239, especialmente las referencias contenidas en nota 3.

(71) En estos términos *vide* BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal (PE), Delitos patrimoniales y económicos*, 2.^a ed., Madrid, 1993, núm. 54 a.

(72) Idénticos fundamentos se leen en la STS 15 de febrero de 2005, del mismo ponente.

nes entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues «bastante» no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima».

Hay que dar la razón a la Sentencia comentada en el sentido de que es discutible que se pueda hablar de la existencia de estafa consumada en los casos en que el engañado tenga en sus manos cualquier medida jurídica que le permita conjurar la situación de peligro creada por el sujeto activo (73). Pero con ello parece que el contenido positivo del bien jurídico-penal patrimonio, o mejor el fin de protección de la norma penal que protege el patrimonio, tiene que tener en cuenta en la interpretación sistemática del tipo el principio de autorresponsabilidad en la protección del patrimonio y la corresponsabilidad de la víctima (74). En este punto hay que recordar que ya tempranamente Binding señaló la operatividad del principio *vigilantibus iura sunt scripta* (75) en el ámbito de la estafa, cuando manifestaba la existencia de intereses encontrados en el tráfico jurídico por parte de los diversos intervinientes, y que precisamente por ello cada uno tiene que proteger los suyos prestando la diligencia necesaria (76). Pero todavía no hemos cuestionado en qué medida le es exigible al sujeto pasivo adoptar dichas medidas de autoprotección, pues parece que la regla general en el ámbito penal ha de ser precisamente la de la inexi-

(73) Sobre ello por todos *vide* las referencias contenidas en OTTO, Grundkurs Strafrecht, BT: *Die einzelnen Delikte*, 5.^a ed., 1998, Berlín-New York, § 51, núm. 77 y la postura de LUIPOLD, *Die Bedeutung von Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktritts- und Gewährleistungsrechten für das Schadensmerkmal des Betrugstatbestandes*; Pfaffenweiler, 1998, p. 208.

(74) En general, sobre este argumento *vide* ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*; Berlín, 1986, pp. 237 y ss., vinculándolo con el modelo de hombre de que se parta en una determinada sociedad, lo que le lleva a afirmar (*ibidem*, p. 250) la situación de paridad en que se encuentran autor y víctima.

(75) En general sobre este principio *vide* ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*; Berlín, 1986, pp. 28 y ss.

(76) Cfr. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, BT, Bd. I, (reimpresión de la 2.^a edición, Leipzig, 1902), 1969, p. 355.

gibilidad (77): el verdadero núcleo gordiano de esta cuestión es, por tanto, el configurar criterios de exigibilidad de dichos mecanismos y el definir sus límites.

No puede olvidarse que nos encontramos ante un ámbito en el que en cierta medida el principio de *ultima* o *extrema ratio* debe entenderse en el marco de las ideas de subsidiariedad y fragmentariedad, debiendo todo ello conjugarse con el principio de «unidad del Ordenamiento jurídico». Si el primer principio obliga en un primer momento al legislador a no recurrir al Derecho penal cuando existan otros medios en el Ordenamiento jurídico menos gravosos para solucionar el conflicto en cuestión, en un segundo momento vincula al intérprete para restringir la operatividad de los tipos penales a los supuestos más graves merecedores de pena (78); el último principio apuntado, por su parte, obliga a considerar la respuesta punitiva dentro del contexto de la totalidad del Ordenamiento jurídico contemplado como un todo orgánico sin ambivalencias normativo-valorativas. Y mediante la conjunción de ambos principios el intérprete tiene que dejar fuera del ámbito de operatividad del tipo –restricción típica– aquellas conductas que no posean una propia antijuricidad material penal. Es lo que sucede, por ejemplo, en los supuestos en que la verificación del resultado típico, la realización del riesgo típico creado por el autor dependa fundamentalmente de la actuación *voluntaria* del sujeto pasivo (vinculación con el principio de autorresponsabilidad de la víctima).

La imputación del resultado faltará en los casos en que el sujeto pasivo del engaño no utiliza los mecanismos de autoprotección que el Ordenamiento jurídico pone a su alcance, pues el Derecho penal de la estafa también tiene que actuar como *ultima ratio* de tal modo que si, existiendo dichos mecanismos la víctima potencial no los articula en su favor para conjurar el peligro creado por la conducta del sujeto pasivo, no parece que el Derecho penal deba proteger a quien no se protege a sí mismo (79). Esta afirmación no supone que, ante toda

(77) Como ha expuesto ROXIN, PG § 14, núm. 20.

(78) Acepta también la operatividad de estos principios en el ámbito de la interpretación típica como criterios de restricción del injusto típico CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, p. 21, si bien no se refiere expresamente al principio de unidad del Ordenamiento jurídico (en cierta medida puede considerarse que dicho principio viene implícito en los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*).

(79) Cfr. sobre esta cuestión SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en Salvador Coderch / Silva Sánchez, *Simulación y deberes de veracidad (Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica)*, Madrid, 1999, pp. 99 y ss.

transacción jurídico-económica el agente económico deba efectuar un pormenorizado y exhaustivo análisis de todos los riesgos posibles que comporta, lo que supondría una paralización del sistema económico y, por ende, social. El grado de diligencia exigible estará indefectiblemente en función de la posición ocupada en el tráfico jurídico (80) y no parece que inicialmente pueda exigirse el mismo nivel de diligencia a un ciudadano cualquiera en una transacción comercial entre particulares, que entre comerciantes o entidades financieras, o entre particulares y entidades financieras.

Parte de la jurisprudencia y de la doctrina que se han pronunciado sobre la no utilización por parte de la víctima potencial de los mecanismos de autoprotección ha ubicado dicha cuestión en sede de engaño, considerando que sólo puede reputarse como *bastante* el engaño idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado (81), de tal modo que puede afirmarse cómo el requisito típico del *engaño bastante* viene a suponer una concreción de la necesidad de protección penal del bien jurídico vinculada a la subsidiariedad (82) y al carácter de *ultima ratio* del Derecho penal (83).

En los casos en que el acto de disposición patrimonial se debe a la propia víctima por existir posibilidades de autoprotección por su parte, no parece justificada la sanción por estafa consumada aunque

(80) Sobre esta cuestión, en general y no vinculada al ámbito de la estafa, por todos cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995, pp. 340 y ss., en particular p. 343.

(81) Así lo entiende también CHOCLÁN MONTALVO, «Engaño bastante y deberes de autoprotección (Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma)», *AJA*, 398, 8 de julio de 1999. *STS* 22 de junio de 1999 (Ar. 5830): «cuando el sujeto de la disposición patrimonial tuvo la posibilidad de despejar su error de una manera simple y normal en los usos mercantiles, no será de apreciar un engaño bastante en el sentido del tipo». En general, sobre el tratamiento jurisprudencial por todos SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en Salvador Coderch / Silva Sánchez, *Simulación y deberes de veracidad (Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica)*, Madrid, 1999, pp. 100 y ss.

(82) En estos términos GÓMEZ BENÍTEZ, «Función y contenido del error en el tipo de estafa», *ADPCP*, 1985, p. 339, adheriéndose a las tesis de AMELUNG, *Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug*, GA, 1977, pp. 1 y ss. *Vide* las críticas a la postura de este último autor en HERZBERG, «Funktion und Bedeutung des Merkmals «Irrtum» in § 263 StGB», GA, 1977, pp. 291 y ss. quien, por su parte, opta por una postura vinculada a la idea del consentimiento defectuoso.

(83) Relativiza el principio victimodogmático de *ultima ratio* en sede de estafa PASTOR MUÑOZ, «El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa», en Silva Sánchez (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Madrid-Barcelona, 2003, p. 70.

exista una conducta engañosa por parte del sujeto activo (84). Y creo que tiene que ser así a partir del análisis del fin de protección de la norma (85), pues la estafa no puede proteger a quien tiene mecanismos de protección en el ámbito del Derecho civil y/o mercantil mecanismos, siendo *consciente* de ello y deja de ejercer esas medidas de autoprotección (86). De este modo se podría ofrecer una plausible diferenciación entre el injusto civil y el injusto penal a partir del fin de protección de la norma de la estafa, en conexión con los principios de *ultima ratio* y de unidad del Ordenamiento jurídico (87). A similares conclusiones se podría llegar a partir de las tesis de Hefendehl (88), pues también acepta este autor que, en lo que denomina «estadios incipientes» de la puesta en peligro del patrimonio deben bastar los mecanismos de protección civiles, habida cuenta de la existencia de mecanismos de evitación de la situación de perjuicio en manos del potencial perjudicado.

En este mismo orden de cosas no puede olvidarse que ya merkel en su momento se refirió al «criterio o pensamiento del dominio» para establecer la delimitación entre el injusto civil y el penal precisamente refiriéndose a los supuestos en que el afectado tenía mecanismos jurídicos para la defensa de la situación creada (89). Más recientemente y

(84) Por ahora, por todos *vide* BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal (PE), Delitos patrimoniales y económicos*, 2.^a ed., Madrid, 1993, núm. 54b, aceptando el castigo en estos casos por tentativa y en general sobre los deberes de autoprotección de la víctima en el ámbito de la estafa CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, pp. 108 y ss.

(85) *Vide* BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal (PE), Delitos patrimoniales y económicos*, 2.^a ed., Madrid, 1993, núm. 25c, relacionando el fin de protección de la norma en la estafa con la participación de la víctima a partir de la consideración de este delito como delito relacional o Beziehungsdelikt. Cfr. también la vinculación del fin de protección de la norma en sede de imputación objetiva con el requisito de engaño bastante efectuado por CHOCLÁN MONTALVO, *Engaño bastante y deberes de autoprotección*.

(86) En sentido similar *vide* CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, p. 111, a partir de consideraciones de inexistencia de necesidad y merecimiento de pena. Cfr. también *ibidem*, pp. 120 y ss.

(87) En similares términos BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal (PE), Delitos patrimoniales y económicos*, 2.^a ed., Madrid, 1993, núm. 88a, aunque no efectúan ninguna referencia expresa al criterio de unidad del Ordenamiento jurídico.

(88) Cfr. HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, Berlín, 1994, pp. 138 y ss., con ulteriores referencias, y fundamentando también su construcción en el principio de subsidiariedad del Derecho penal.

(89) *Vide* MERKEL, Krim. *Abhandlungen I*, p. 71. Tomo la referencia de LUI-POLD, *Die Bedeutung von Anfechtungs- ...*, p. 107. A favor de esta argumentación también se pronuncia TIEDEMANN-LK, Berlín-New York 2000, § 263, núm. 175.

de modo convincente, Schünemann ha expuesto los vínculos existentes entre el *principio victimológico* y la necesidad de pena, de tal modo que no parece que pueda afirmarse la existencia de una exigencia o necesidad de protección penal en los supuestos en que la potencial víctima tenga mecanismos de autoprotección posibles y racionales, siempre vinculado a los ámbitos en que la formulación típica de los preceptos en cuestión permitan un espacio para esta interpretación, como es el caso de la estafa (90). Evidentemente este recurso a los deberes de autoprotección de la víctima potencial tiene límites, pues no se puede aceptar la vigencia de un principio de desconfianza en el tráfico jurídico (91) que hiciese inoperativas las interacciones jurídicas y económicas. Asimismo estos límites en todo caso deben tener en cuenta el criterio del riesgo permitido en cuya virtud en cada sector económico y jurídico existirán umbrales diferenciados de ese riesgo (92).

En los valores patrimoniales corresponde al titular del bien jurídico su autoprotección y sólo en casos excepcionales al Estado. Las razones son sencillas: el titular patrimonial tiene especiales medios de autoprotección que convierten su protección en más fácil para el particular que para el Estado a la par que la autorresponsabilidad del titular es parte de su autonomía y la protección estatal estorba su ejercicio (93). O expuesto en otros términos, «el tipo penal de la estafa

(90) Cfr. al respecto SCHÜNEMANN, «Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besondern Teil des Strafrechts», *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 130 y ss., en particular *vide* nota 54.

(91) Sobre este argumento cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *Engaño bastante y deberes de autoprotección*. En general, sobre la operatividad del principio de confianza en Derecho penal *vide* con amplísimas referencias doctrinales CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 327 y ss., aludiendo al tráfico viario. Cfr. también CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, pp. 321 y ss. Obsérvese cómo el ámbito en el que normalmente opera dicho principio de confianza es el de los sectores de actividad en principio lícitos. Por mi parte, me he pronunciado a favor de extender dicho régimen en ámbitos ilícitos como puede ser el de los delitos de tráfico de drogas, a partir fundamentalmente de la interpretación que efectuó del artículo 369.5.º CP. Cfr. GALLEGO SOLER, *Los delitos de tráfico de drogas II*, Barcelona, 1999, pp. 169 y ss.

(92) Cfr. los ejemplos jurisprudenciales expuestos por CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, pp. 121 y ss. En general, *vide* la fundamentación que ofrece PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995, pp. 340 y ss.

(93) En este sentido PÉREZ MANZANO, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *LH-Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 303. A favor de este argumento también se han pronunciado, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, *Engaño bastante y deberes de autoprotección*, *passim*; GONZÁLEZ RUS, en Cobo (dir.) y otros, *Parte Especial I*, p. 661. En contra *vide* ROXIN, *AT § 14, núm. 19 y ss.*; NAVARRO CAR-

protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado la observancia de sus deberes de autotutela primaria» (94). De todo ello puede seguirse que, nuevamente parafraseando a Pérez Manzano, el fin de protección de la norma en la estafa se concreta en «la protección patrimonial frente a un determinado tipo de engaños que consiguen, o pueden conseguir, un ejercicio viciado por error de la libertad de disposición patrimonial realizado por la víctima del engaño» (95).

Contra la posición aquí defendida también podría invocarse que el ejercicio de un *derecho* –de rescisión, de revocación...– es en todo caso un derecho para su titular, de tal manera que de su no actuación nunca podría derivarse como consecuencia no contar con la protección que el tipo de la estafa garantiza, pues ello sería poco menos que mutar la consideración del derecho en *deber*. Pero esta interpretación sería extremadamente *formalista*, y confundiría la naturaleza del Derecho Penal como *Ius Puniendi* de titularidad estatal, tratando de ver en él un mero instrumento oficializado de justicia privada, del que serían titulares las potenciales víctimas, comprensión ésta hoy totalmente des- terrada.

La verdadera cuestión problemática de esta materia, como apuntaba Hruschka, radica en elaborar un sistema de reglas que un sujeto racional sigue al actuar en el campo de la economía (96). Es decir, es preciso definir los límites de esta institución puesto que no podemos perder de vista que en todos los supuestos analizados, al menos existe una conducta desplegada por el sujeto activo que él

dos, «Algunas consideraciones sobre las estafas colectivas a los consumidores», *PJ*, 50, 1998, pp. 178 y ss. Estima discursivamente este último autor que aceptar estas tesis implicaría negar la imputación objetiva en el hurto –por estar fuera del ámbito de protección de la norma– el supuesto de sustracción del radiocasette del vehículo cuando el propietario deja abierto el coche un instante para realizar una gestión. No se puede aceptar esta réplica porque la limitación de la imputación objetiva mediante el recurso a las facultades de autoprotección sólo se realiza por la doctrina en los casos como la estafa configurados como delito relacional o delitos de autoperjuicio inconsciente. Nada de ello sucede en el hurto, por lo que no parece de recibo su réplica a estas tesis. Es decir, que al igual que no creo acertado afirmar con carácter general la operatividad del recurso a los mecanismos de autoprotección para aludir a la necesidad de protección penal en todos los delitos patrimoniales, no es válido rebatir esta afirmación con ejemplos vinculados a otras figuras delictivas.

(94) CHOCLÁN MONTALVO, *Engaño bastante y deberes de autoprotección*, III.

(95) PÉREZ MANZANO, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *LH-Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 303 in fine y ss.

(96) HRUSCHKA, «La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción», *ADPCP*, 1999, p. 466.

considera objetivamente idónea para ocasionar un perjuicio patrimonial a un tercero.

A estos efectos, alguna resolución judicial ha intentado efectuar el deslinde entre la autoprotección de la víctima y la operatividad del principio de confianza en el ámbito de la estafa. Las SSTS 9 abril 2001 y 26 junio 2000 han afirmado que, en el marco de una relación jurídica basada en la confianza, en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por un conocimiento anterior de las partes, no cabe exigir al acreedor verificar la autenticidad de los elementos de pago. Estoy sustancialmente de acuerdo con este postulado, pero en sus propios límites. Es decir, el principio de confianza en la estafa sólo opera en el marco de relaciones jurídicas en el que ya existe un conocimiento previo de las partes. Cuando se están estableciendo relaciones «ex novo» el principio de autoprotección obliga a analizar la diligencia en el comportamiento de la víctima potencial para valorar el engaño como *bastante*: ante conductas negligentes no se puede imputar el resultado típico plenamente al sujeto activo (97).

En la STS 9 mayo 2002 podemos leer que, cuando el sujeto pasivo es un profesional que, en el ejercicio de las funciones propias de su trabajo tiene unos deberes concretos que unas veces vienen impuestos por normas escritas y otras por unos usos mercantiles de relevancia decisiva, si por el incumplimiento de este deber de diligencia se produce el error, puede que el engaño previo no se califique como bastante. Al respecto hay una doctrina reiterada de esta sala, muestra de la cual son las Sentencias del Tribunal Supremo 23 febrero 1996 (RJ 1996/2187), 7 noviembre 1997 (RJ 1997/8348), 22 diciembre 2000 (RJ 2000/10319), 5 julio 2001 (RJ 2001/5960) y 2 noviembre 2001 (RJ 2001/10195) que tiene aplicación cuando el engañado es un empleado de un banco que ha de aprobar una operación de descuento en letras de cambio. Ahora bien, en esta resolución se precisa que «no se encuentra entre los deberes concretos del empleado de banca el investigar si hay o no falsedad en unas aceptaciones de letras de cambio que le vienen firmadas y con unos sellos en el que aparecen imprimidos los nombres respectivos de las empresas inventadas como aceptantes. Puede perfectamente entenderse, como hizo la sentencia recurrida, ajustada a la diligencia exigible a estos trabajadores que tienen que autorizar en un banco una operación de descuento de letras de cambio, el que el empleado correspondiente no llegara a sospechar que pudieran ser falsos unos sellos y firmas puestos en unos documentos presentados por un cliente con el que llevaba años trabajando y con el que tenía concertada una póliza de descuento. Y si no tenía el deber de sospechar, tampoco tenía que practicar

(97) Obviamente quedan fuera de estas argumentaciones los casos de engaños a incapaces o personas especialmente vulnerables. Acojo en este sentido plenamente las atinadas argumentaciones de MAGALDI PATERNOSTRO, Comentario artículo 263 CP, en Córdoba/García Arán, Comentarios al Código Penal, Madrid-Barcelona 2005, p. 754.

investigación alguna sobre esas falsedades que, por su forma de realización, habrían servido para engañar a cualquiera en las mismas circunstancias.»

Por su parte, la SAP Granada 2 diciembre 1999, sec. 2.ª: no es, en principio, previsible que quien dirige una agencia de seguros, aparentemente legítima, se dedique a la falsificación de recibos, emitiéndolos incluso a nombre de personas desconocidas y en nombre de entidades con las que carece de relación comercial, siendo precisamente este engaño el que burla la buena fe del director de la entidad de crédito, que perdió el cargo como consecuencia de confianza depositada en el acusado, y determina el desplazamiento patrimonial. El hecho de que el engaño se prolongase durante unos meses, incluso cuando ya se percibía un importante número de recibos impagados, no excluye su existencia ni su idoneidad, pues aun cuando las devoluciones determinasen una racional sospecha de fraude, las aparentes garantías ofrecidas por el acusado y el lógico deseo de compensar el déficit, explican el mantenimiento de la línea de descuento, hasta el cierre definitivo de la cuenta.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho. Abogada

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 14

Derecho a la igualdad ante la ley. Discriminación por indiferenciación. Baremos de accidentes de circulación

«Como ya se declaró en la citada STC 181/2000, FJ 11, el término de comparación propuesto (la desigualdad producida por el hecho de que unos mismos daños personales reciban un tratamiento jurídico distinto en función de la mera circunstancia de haberse o no producido como consecuencia de la circulación de los vehículos de motor) no constituye un término válido de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad.

En efecto, la aludida STC 181/2000, FJ 11, especifica que el sistema legal de baremación introducido por la Ley 30/1995 “no se ha articulado a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector de la realidad social en que acaece la conducta o actividad productora de los daños”, añadiendo a continuación que “se opera así en función de un elemento objetivo y rigurosamente neutro”, que es el que explica por qué la pluralidad de regímenes jurídicos especiales sobre la responsabilidad civil (entre ellos el que ahora nos ocupa, amén de otros que cita, como el de navegación aérea o el de consumidores y usuarios de servicios) “se aplica por igual a todos los ciudadanos, es decir, a todos los dañados, sin que implique, directa o indirectamente, un menoscabo de la posición jurídica de unos respecto de la de otros”. Y finalmente se rechaza que se entienda producida vulneración del derecho a la igualdad porque el sistema de valoración de daños personales mediante baremo genere un tratamiento igual de supuestos diversos, pues “es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que el derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución no consagra un derecho a la desigualdad de trato (STC 114/1995, de 6 de julio, FJ 4), ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ‘ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual’ (STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 5), siendo ajena al ámbito de este precepto constitucional la llamada ‘discriminación por indiferenciación’ (STC 308/1994, de 21 de noviembre, FJ 5). En definitiva, ‘el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación’ (STC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 7)”.

Esta misma doctrina, establecida en el análisis abstracto de la Ley, la hemos aplicado posteriormente a los recursos de amparo resueltos desde entonces en la materia que nos ocupa (por todas, SSTC 242/2000, FJ 2; 244/2000, FJ 3 *in fine*; 267/2000, FJ 3; 21/2001, FJ 2; 37/2001, FJ 3; 9/2002, FJ 3, 49/2002, FJ 2; 102/2002, FJ 2, 31/2003, de 13 de febrero, FJ 2; 112/2003, de 16 de junio, FJ 4 y 15/2004, de 23 de febrero, FJ 2) declarando en todos los casos que no ha existido vulneración del derecho a la igualdad ante la Ley, como procede declararlo aquí por los mismos fundamentos.

(.../...)

En la STC 181/2000, FJ 21, hemos mantenido que la aplicación automática de los baremos con los factores de corrección, contenidos en la tabla V, apartado B), del anexo de la Ley 30/1995, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que impide la reparación íntegra de los perjuicios causados, cuando se acrediten perjuicios superiores derivados de daños de carácter personal, siempre y cuando tengan su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso judicialmente declarada, imputable al agente causante del daño. Las razones de esta declaración de inconstitucionalidad se analizaron en los fundamentos jurídicos 17, 18, 19 y 20 de dicha Sentencia que aquí procede dar por íntegramente reproducidos.

Más aun, como acertadamente advierte el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, la Sentencia de la Audiencia Provincial fue dictada cinco meses después de la publicación de nuestra STC 181/2000 en el “Boletín Oficial del Estado”, por lo que la Audiencia Provincial debió conocer dicha Sentencia y acatar su doctrina, en los términos del artículo 164.1 CE, los artículos 1 y 38 LOTC, y el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al ser el Tribunal Constitucional el máximo intérprete de la Constitución y tener las Sentencias que dicte en procedimientos de inconstitucionalidad valor de cosa juzgada, que produce efectos *erga omnes* y vincula a todos los poderes públicos, incluidos Jueces y Tribunales, a partir de la publicación de la Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.»

(STC 104/2005, de 9 de mayo. Recurso de amparo 864/2001. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 8 de junio de 2005.)

Derecho a la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley

«a) En cuanto al alcance de la primera vertiente del artículo 14 CE, igualdad “ante la ley”, hemos señalado en reiteradas ocasiones que tal principio impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, por lo que para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos [entre otras, SSTC 152/2003, de 17 de julio, FJ 5 c); 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 4, y 10/2005, de 20 de enero, FJ 5].

(.../...)

b) Por lo que se refiere a la otra perspectiva, esto es, a la igualdad en la aplicación judicial de la ley, según reiterada doctrina constitucional, para que pueda verse

vulnerado el mencionado derecho fundamental es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos (sistematizados, entre las más recientes, en la STC 29/2005, de 14 de febrero, FJ 6, y en las que en ella se citan), de entre los que podemos destacar, a los efectos que aquí interesan, la acreditación de un *tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre 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; o, como se dice en la STC 122/2001, de 4 de junio, FJ 2, se requiere que estemos “ante un mismo órgano jurisdiccional, ante dos casos sucesivos y exactamente iguales desde la perspectiva jurídica con la que se les enjuició y, finalmente, ante un palmario cambio de criterio del órgano jurisdiccional”, pues “lo que invariablemente hemos exigido en tales supuestos es que un mismo órgano no modifique arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente idénticos (STC 8/1981)”. Este presupuesto implica no sólo que los supuestos enjuiciados sean sustancialmente iguales, sino, además, que exista identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, en los casos de órganos colegiados, no sólo la identidad de Sala, sino también la de Sección, al considerarse éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada (SSTC 102/2000, de 10 de abril, FJ 2; 122/2001, de 4 de junio, FJ 5, y 140/2003, de 14 de julio, FJ 4, entre otras).»

(STC 107/2005, de 9 de mayo. Recurso de amparo 1702/2002. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» de 8 de junio de 2005.)

Derecho a la igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos: Ver comentario de jurisprudencia al artículo 23.2 de la Constitución

Derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley

«Hemos de traer a colación la reiterada doctrina constitucional en relación con el principio de igualdad, en su vertiente de aplicación judicial de la ley, recogida de forma sistematizada recientemente en la STC 29/2005, de 14 de febrero, FJ 6, según la cual, para que pueda considerarse vulnerado el mencionado derecho fundamental se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La acreditación de un *tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre 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. Los supuestos de hecho enjuiciados deben ser, así pues, sustancialmente iguales, pues sólo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno deba ser igual a la del otro.

b) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de la “referencia a otro” exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo.

c) La identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de la Sala, sino también de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en aplicación de la Ley.

d) La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizados el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició. La razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la

igualdad en aplicación de la Ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones, adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales, sin una argumentación razonada de dicha separación, que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a un respuesta singularizada *ad personam*.

También hemos dicho que la justificación a que hace referencia este último requisito no ha de venir necesariamente explicitada en la resolución judicial cuya doctrina se cuestiona, sino que podrá, en su caso, deducirse de otros elementos de juicio externos que indiquen un cambio de criterio, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso. En suma, lo que invariablemente hemos exigido en tales supuestos es que un mismo órgano no modifique arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro; esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o que se continúa con posterioridad.»

(STC 146/2005, de 6 de junio. Recurso de amparo 5266/2002. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» de 8 de julio de 2005. En el mismo sentido, STC 164/2005, de 20 de junio, «BOE» de 21 de julio de 2005.)

ARTÍCULO 17.1

Derecho a la libertad personal. Indemnización a los presos por hechos susceptibles de ser amnistiados. Disposición Adicional Decimotava de la Ley 4/1990

«La finalidad perseguida con la atribución del derecho a obtener una compensación económica a quienes, teniendo cumplidos 65 años el 31 de diciembre de 1990, hubieran sufrido prisión en establecimientos penitenciarios durante tres o más de tres años por hechos susceptibles de ser amnistiados, establecido en la disposición adicional decimotava de la Ley 4/1990, es la de proporcionar alguna compensación a un período de privación de libertad sufrido por hechos que, en el Estado de libertades actual, resultaría intolerable. Se trata de una reparación económica que, como afirmáramos en la STC 361/1993, de 3 de diciembre, se encuentra destinada a compensar en alguna medida perjuicios que se derivaron de una privación de libertad, durante determinado tiempo, por hechos de intencionalidad política que hoy resultaría inadmisibles en términos constitucionales. De ahí que la vinculación con el derecho a la libertad (art. 17 CE) implique la exigencia de un canon de motivación reforzado que tome en consideración la adecuación constitucional de tal motivación con el contenido del derecho fundamental y los valores constitucionales implicados.

(.../...)

Lo hasta ahora razonado conduce derechamente a la estimación de la demanda de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues el órgano judicial prescindió por completo de la dimensión constitucional de la cuestión suscitada. En efecto, el Tribunal Superior de Justicia no concedió relevancia al hecho de que la integración en los batallones disciplinarios de soldados trabajadores constituía una forma especialmente aflictiva de cumplimiento del servicio militar en condiciones semejantes a quienes se encontraban cumpliendo condena, ni tampoco a la circunstancia de que tal forma de prestación traía causa de una previa situación de prisión que hoy resultaría constitucionalmente intolerable por contraria al artículo 17 CE. Como dijéramos en la STC 180/2001, de 17 de septiembre (FJ 7), también en relación con una indemnización de esta naturaleza, al proyectar al momento actual los efectos de una situación legal claramente contraria a la Constitución, dándole, así, injustificadamente, ultraactividad a dicha situación, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la libertad (arts. 24.1 y 17 CE), los cuales exigen que, en los casos en los cuales entran en juego, las resoluciones judiciales que los resuelvan incluyan una motivación que tome en cuenta la presencia del derecho fundamental a la libertad y los valores constitucionales indicados como parámetros inexcusables de enjuiciamiento.»

(STC 180/2005, de 4 de julio. Recurso de amparo 1646/2002. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 5 de agosto de 2005.)

Derecho a la libertad personal. Prisión provisional

«Desde la STC 128/1995, de 26 de julio, este Tribunal ha venido señalando que la medida cautelar consistente en el ingreso en prisión provisional es de naturaleza excepcional [en este mismo sentido, entre otras, SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6.a); 62/1996, de 15 de abril, FJ 5, y 66/1997, de 7 de abril, FJ 4.b)], así como que la legitimidad constitucional de la prisión provisional, en tanto que decisión limitativa del derecho a la libertad adoptada dentro de un proceso penal, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la misma (por todas, SSTC 60/2001, de 26 de febrero, FJ 3, y 138/2002, de 3 de junio, FJ 4).

Por lo que se refiere a los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional, también desde la STC 128/1995 hemos venido afirmando que están vinculados con la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal en el que se adopta la medida, especialmente el de asegurar la presencia del imputado en el juicio y el de evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo [STC 23/2002, de 28 de enero, FJ 3 a)]. Por ello, el Tribunal ha considerado que no son ajenos a la motivación de la consecución de estos fines, especialmente para el riesgo de fuga, datos objetivos como la gravedad del delito imputado y el estado de tramitación de la causa [STC 23/2002, de 28 de enero, FJ 3 b)], sin olvidar que, como se expresa en la STC 47/2000, de 17 de febrero, es preciso distinguir dos momentos procesales diferentes en cuanto a la ponderación de estas circunstancias: por un lado, el momento inicial en que se adopta la medida y, por otro, los eventuales pronunciamientos sobre su mantenimiento o prórroga, una vez transcurrido el tiempo. De tal modo que si en un principio cabe admitir una motivación basada únicamente en datos objetivos como la gravedad del delito y la posible pena, el transcurso del tiempo en la aplicación de la medida exige que se ponderen más individualizadamente circunstancias personales del preso preventivo y del caso concreto.

Con algún añadido, la Ley Orgánica 13/2003 ha incorporado estas finalidades a la nueva redacción del artículo 503 LECrim al disponer que la prisión provisional debe perseguir alguno de los siguientes fines: "1.3 a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga... b) Evitar la alteración, ocultación o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto... c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal... 2. ... evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos». Como puede fácilmente comprobarse, a los fines anteriormente señalados por la jurisprudencia constitucional se añade el de evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, circunstancia que se hace especialmente presente en el caso de que la acusación verse sobre un delito de violencias habituales en el ámbito doméstico. De este modo, el tenor actual del artículo 503 LECrim permite ahora que se decrete también la prisión provisional en supuestos de acusación por delitos sancionados con pena inferior a dos años de privación de libertad. En todo caso, la fórmula legal utilizada a tal efecto no puede constituir el objeto de nuestro actual examen por cuanto su entrada en vigor con posterioridad al dictado de las resoluciones judiciales por las que se decretó el ingreso en prisión del recurrente excluye toda posibilidad de encontrar en ella el fundamento de la medida cuestionada.»

(STC 62/2005, de 14 de marzo. Recurso de amparo 6520/2002. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» de 19 de abril de 2005.)

Derecho a la libertad personal. Prisión provisional. Motivación

«Una reiterada y consolidada jurisprudencia de este Tribunal sobre la necesidad de fundamentar las resoluciones limitativas de derechos fundamentales, exigiéndose un razonamiento por el órgano judicial que justifique los motivos que la legitiman constitucionalmente. En concreto, no debemos olvidar a la hora de realizar dicho examen que, desde la STC 128/1995, de 26 de julio, este Tribunal ha venido señalando que la medida cautelar consistente en el ingreso en prisión provisional es de naturaleza excepcional (en este mismo sentido, entre otras, SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6.a; 62/1996, de 15 de abril, FJ 5, y 66/1997, de 7 de abril, FJ 4.b), así como que la legitimidad constitucional de la prisión provisional, en tanto que decisión limitativa del derecho a la libertad adoptada dentro de un proceso penal, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la misma (por todas, SSTC 60/2001, de 26 de febrero, FJ 3, y 138/2002, de 3 de junio, FJ 4).

Por lo que se refiere a los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional, también desde la STC 128/1995 hemos venido afirmando que están vinculados con la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal en el que se adopta la medida, especialmente el de asegurar la presencia del imputado en el juicio y el de evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo [STC 23/2002, de 28 de enero, FJ 3 a)]. Por ello, el Tribunal ha considerado que no son ajenos a la motivación de la consecución de estos fines, especialmente para el riesgo de fuga, datos objetivos como la gravedad del delito imputado y el estado de tramitación de la causa [STC 23/2002, de 28 de enero, FJ 3 b)], sin olvidar que, como se expresa en la STC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 10, es preciso distinguir dos momentos procesales diferentes en cuanto a la ponderación de estas circunstancias: por un lado, el

momento inicial en que se adopta la medida y, por otro, los eventuales pronunciamientos sobre su mantenimiento o prórroga, una vez transcurrido el tiempo. De tal modo que si en un principio cabe admitir una motivación basada únicamente en datos objetivos como la gravedad del delito y la posible pena, el transcurso del tiempo en la aplicación de la medida exige que se ponderen más individualizadamente circunstancias personales del preso preventivo y del caso concreto.

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 (vide, 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; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3).

Por último, también resulta necesario reiterar que al Tribunal Constitucional le corresponde únicamente el control externo de que la adopción o mantenimiento de la medida ha sido realizada de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución. A la jurisdicción ordinaria correspondería en exclusiva determinar en cada caso la concurrencia y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar (por todas, STC 29/2001, de 29 de enero, FJ 3).»

(STC 179/2005, de 4 de julio. Recurso de amparo 6318/2001. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 5 de agosto de 2005.)

ARTÍCULO 17.4

Habeas corpus

«Como hemos tenido ocasión de afirmar en bastantes ocasiones, el procedimiento de *habeas corpus* es un medio de defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 CE, que versa no sobre todos los aspectos o modalidades de la detención o la privación de libertad, sino sobre su regularidad o legalidad, y cuya finalidad fundamental es la de verificar judicialmente la legalidad y condiciones de la detención, en un procedimiento ágil y sencillo que permita, sin complicaciones innecesarias, el acceso a la autoridad judicial (SSTC 98/1996, de 21 de mayo, FJ 1, y 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4). Y, aun cuando la Ley Orgánica 6/1984 permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, e incluso denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad de tal inadmisión a trámite deber reducirse a los supuestos en que 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 (SSTC 232/1999, FJ 4, 208/2000 y 209/2000, FJ 5). Por ello, constatada la existencia de la detención, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de la misma (STC 66/1996, de 16 de abril, FJ 3, y 86/1996, de 21 de mayo, FJ 10), no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias. Así, hemos declarado expresamente improcedente la inadmisión fundada en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente detenido (SSTC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 7, y 86/1996, de 21 de mayo, FJ 11), pues “el enjuiciamiento de la legalidad de sus circunstancias ha de realizarse en el fondo”, lo que obliga al juez a examinarlas y, consecuentemente, a oír al solicitante del *habeas corpus* (SSTC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 6, y

232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4). Como dijimos en la mencionada STC 86/1996 (FJ 10), “si existe una situación de privación de libertad no es lícito denegar la incoación del *habeas corpus*, ya que es de esencia a este proceso especial dirigido a resguardar la libertad personal que el juez compruebe personalmente la situación de la persona que pide el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida” (FJ 3).»

(STC 37/2005, de 28 de febrero de 2005. Recurso de amparo 4566/1999. Ponente: D.ª María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 5 de abril de 2005.)

Prisión provisional. Plazo máximo. Prórroga

«Bueno será recordar la doctrina reiterada de este Tribunal acerca del sometimiento a plazo máximo de la prisión provisional, exigencia constitucional prevista en el artículo 17.4 CE, y en relación con la prórroga o ampliación del mismo, doctrina que, siguiendo a la STC 155/2004, de 20 de septiembre, puede sistematizarse en los siguientes puntos:

“a) El respeto a los plazos legales máximos de prisión provisional constituye una exigencia constitucional, de forma que la superación de dichos plazos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad, pues el plazo máximo de duración de la prisión provisional que el legislador debe establecer por imperativo constitucional y como garantía de la mediación legislativa es asumido por la propia Constitución como tal plazo máximo, de forma que su ignorancia se traduce por fuerza en una vulneración del derecho fundamental a la libertad, al punto que, aun cuando esos plazos puedan variarse por el legislador, mientras la Ley fije unos es evidente que han de cumplirse y que ese cumplimiento, como se ha dicho, integra la garantía constitucional de la libertad proclamada en el artículo 17 de la Constitución.

b) La prórroga o ampliación del plazo máximo inicial de prisión provisional decretada requiere una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión y ha de fundarse en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello (imposibilidad del enjuiciamiento en el plazo inicial acordado –art. 504, párrafo 4, LECrim– o que el acusado haya sido condenado por Sentencia que haya sido recurrida –art. 504, párrafo 5, LECrim). Además ha de ser adoptada antes de que el plazo máximo inicial haya expirado, pues constituye una exigencia lógica para la efectividad del derecho a la libertad personal, por más que no venga expresamente exigida por el precepto. Finalmente la lesión producida por la ignorancia del plazo no se subsana por la adopción de un intempestivo acuerdo de prórroga tras la superación de aquél.

c) No es constitucionalmente razonable la interpretación según la cual el dictado de una Sentencia condenatoria lleva consigo, implícitamente, la prolongación automática del plazo máximo de la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la condena impuesta, pues el tenor literal del artículo 504, párrafo 5, LECrim. y las generales exigencias de motivación de tan drástica medida cautelar exigen rechazar esta tesis (SSTC 98/1998, de 4 de mayo, FFJJ 2 y 4; 142/1998, de 29 de junio, FJ 3; 231/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 272/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 98/2002, de 29 de abril, FJ 4; 144/2002, de 15 de julio, FJ 3; 121/2003, de 16 de julio, FJ 3; 22/2004, de 23 de febrero, FFJJ 2 y 4, por todas)”.»

(STC 99/2005, de 18 de abril. Recurso de amparo 6119/2003. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 20 de mayo de 2005.)

ARTÍCULO 18.1

Derecho a la intimidad personal

«Es cierto que quien participa por decisión propia en un procedimiento público (entre los que está, obviamente, el procedimiento electoral) no puede invocar su derecho fundamental a la intimidad personal ni la garantía frente al uso de la informática (art. 18.1 y 4 CE) por el mero hecho de que los actos del procedimiento en los que deba figurar su nombre sean, por mandato de la Constitución o con apoyo en ella, objeto de publicación oficial o de la publicidad y accesibilidad que la trascendencia del propio procedimiento en cada caso demande; ello sin perjuicio, claro es, de que el contenido mismo de tales actos incorpore, eventualmente, datos que puedan considerarse inherentes a la intimidad del sujeto, supuesto en el cual sí operan, en plenitud, aquellas garantías constitucionales. Por ello, en ocasiones anteriores, hemos entendido que era válida y que podía, por tanto, resultar eficaz en juicio la prueba consistente en aportar, a los efectos que ahora interesan, información sobre la presencia de determinadas personas como candidatos en listas electorales presentadas por partidos políticos que fueron después objeto de disolución judicial; según dijimos en la STC 85/2003, ni tales datos pueden considerarse íntimos ni puede desconocerse que la vinculación política de quienes concurren como candidatos a un proceso electoral constituye un dato publicado al que puede acceder cualquier ciudadano y que por tanto queda fuera del control de las personas a las que se refiere (FJ 21; en términos análogos, STC 99/2004, FJ 13). Es patente, sin embargo, que la publicidad y accesibilidad general de los nombres de quienes integran una candidatura electoral o de quienes han ejercido o ejercen un cargo público son del todo distintas a las que corresponden a quienes firman como avalistas en el procedimiento de constitución de una agrupación de electores, pues tales firmas de aval no son objeto en el procedimiento electoral, atendida su función, de un acto de publicación general ni de publicidad parangonable a la que corresponde, por razones obvias, a las propias listas de candidatos.»

(STC 68/2005, de 31 de marzo. Recurso de amparo electoral 2147/2005. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 19 de abril de 2005.)

ARTÍCULO 18.3

Intervención de las comunicaciones telefónicas. Motivación del Auto que las acuerda

«Este Tribunal tiene declarado que, al ser la intervención de las comunicaciones telefónicas una limitación del derecho fundamental al secreto de las mismas, exigida por un interés constitucionalmente legítimo, es inexcusable una adecuada motivación de las resoluciones judiciales por las que se acuerda, que tiene que ver con la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción.

En este sentido tenemos dicho que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica o su prórroga debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho

delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución. Así pues también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo.

Tales precisiones son indispensables, habida cuenta de que el juicio sobre la legitimidad constitucional de la medida exige verificar si la decisión judicial apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad o imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público, pues la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida –la averiguación del delito– y el sujeto afectado por ésta –aquel de quien se presume que pueda resultar autor o participe del delito investigado o pueda haberse relacionado con él– es un *prius lógico* del juicio de proporcionalidad.

La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido. Estas sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave, o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse, o, en los términos en los que se expresa el actual artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), en “indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa” (art. 579.1 LECrim.) o “indicios de responsabilidad criminal” (art. 579.3 LECrim.).

Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el Juez y se tomaron en consideración por éste elementos de convicción que constituyeran algo más que meras suposiciones o conjeturas de la existencia del delito o de su posible comisión, y de que las conversaciones que se mantuvieran a través de la línea telefónica indicada eran medio útil de averiguación del delito. En consecuencia era exigible la mención de los datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de su comisión o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas que surjan de los encargados de la investigación, pues el secreto de las

comunicaciones no puede ser desvelado sin base objetiva, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional, y por lo tanto, para determinar si se ha vulnerado o no el derecho al secreto de las comunicaciones, será necesario establecer la relación entre el delito investigado y los usuarios de los teléfonos intervenidos, individualizar los datos que hayan llevado a centrar las sospechas en ellos y analizar, finalmente, si éstos tenían algún fundamento objetivo que justificara la adopción de la medida limitativa.

De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; 184/2003, de 23 de octubre, FFJJ 9 y 11, y doctrina constitucional en ellas citada).»

(STC 165/2005, de 20 de junio. Recursos de amparo 3825/2002 y 3866/2002 acumulados. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 21 de julio de 2005.)

ARTÍCULO 20.1 A)

Derecho a la libertad de expresión

«En lo que se refiere a la esgrimida lesión del derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos [art. 20.1 a) CE], conviene comenzar nuestro análisis recordando que, como indicamos en la STC 127/2004, de 19 de julio, citando las SSTC 2/2001, de 15 de enero (FJ 5), 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 y calumnia, 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 que ahora, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FFJJ 4 a 7; 107/1988, de 25 de junio, FJ 2; 105/1990, de 6 de junio, FJ 3; 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; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 2/2001, de 15 de enero, FJ 6).

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, si los hechos 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 antijuridicidad 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, FFJJ 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 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 de la aplicación del tipo penal el Juez 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 además de tener interés público, 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 esta obligación y elude ese examen para comprobar si la pretendida antijuridicidad 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 efecto, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, hemos establecido que, si bien “el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos [art. 20.1 *a)* CE] dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, y 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6), no es menos cierto que también hemos mantenido inequívocamente que la Constitución no reconoce en modo alguno (ni en ese ni en ningún otro precepto) un pretendido derecho al insulto. La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el artículo 20.1 *a)* CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquéllas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 200/1998, de 14 de octubre; 180/1999, de 11 de octubre; 192/1999, de 25 de octubre; 6/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo, y 49/2001, de 26 de febrero)” (STC 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4).»

(STC 39/2005, de 28 de febrero. Recurso de amparo 2478/2001. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 5 de abril de 2005.)

ARTÍCULO 23.2

Derecho a la igualdad en el acceso a funciones y cargos públicos

«La doctrina constitucional relevante para dilucidar si la decisión de la Mesa del Congreso de los Diputados de inadmitir a trámite la iniciativa propuesta ha vulnerado el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicos con los requisitos que señalen las Leyes (art. 23.2 CE), en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), ha sido sintetizada en las SSTC 177/2002, de 14 de octubre (FJ 3), 40/2003, de 27 de febrero (FJ 2), y 208/2003, de 1 de diciembre (FJ 4), así como en el ATC 181/2003, de 2 de junio (FJ 2), síntesis a la que nos atenemos en la presente exposición.

En todas estas resoluciones se comienza recordando que, de conformidad con la doctrina constitucional elaborada por este Tribunal (con cita expresa de las SSTC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3; 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2; 28/1984, de 28 de febrero, FJ 2; 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3; 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6), el artículo 23.2 CE, que reconoce el derecho de los ciudadanos “a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”, no sólo garantiza el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga. Esta garantía añadida resulta de particular relevancia cuando la petición de amparo se formula por los representantes parlamentarios en defensa del ejercicio de sus funciones, ya que en tal supuesto “resulta también afectado el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, reconocido en el artículo 23.1 CE (SSTC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6; 181/1989, de 3 de noviembre, FJ 4; 205/1990, de 13 de diciembre, FJ 4; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3)” [STC 40/2003, de 27 de febrero, FJ 2 a)]. Igualmente se hace hincapié en la directa conexión que este Tribunal ha establecido entre el derecho de un parlamentario ex artículo 23.2 CE y el que la Constitución atribuye a los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), pues “puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos, según hemos declarado también en la STC 107/2001, de 23 de abril, FJ 3” (STC 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3), de suerte que “el derecho del artículo 23.2, así como, indirectamente, el que el artículo 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio [SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3 a); 203/2001, de 15 de octubre, FJ 2; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3]” [STC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4 a) y ATC 181/2003, de 2 de junio, FJ 2 a); en el mismo sentido, posteriormente, los FFJJ 2 de las SSTC 226/2004 y 227/2004, de 29 de noviembre]».

(STC 89/2005, de 18 de abril. Recurso de amparo 2601/2001. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 20 de mayo de 2005. En el mismo sentido STC 90/2005, de 18 de abril. «BOE» de 20 de mayo de 2005.)

ARTÍCULO 24

Aplicación matizada de las garantías del artículo 24 al Derecho administrativo sancionador. Imparcialidad de la Administración (fases instructora y sancionadora)

«Si bien este Tribunal ha reiterado que, en principio, las exigencias derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías se aplican al procedimiento administrativo sancionador, sin embargo, también se ha hecho especial incidencia en que dicha aplicación debe realizarse 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 (por todas, STC 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 2). Más en concreto, y por lo que se refiere específicamente a la garantía de imparcialidad, se ha señalado que es uno de los supuestos en que resulta necesario modular su proyección en el procedimiento administrativo sancionador, toda vez que dicha garantía “no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto de los órganos judiciales” (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 10), pues, “sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo” (STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4), concluyéndose de ello que la independencia e imparcialidad del juzgador, como exigencia del derecho a un proceso con todas las garantías, es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende sin más al procedimiento administrativo sancionador (STC 74/2004, de 22 de abril, FJ 5).

En atención a ello, el principio del procedimiento sancionador establecido en el artículo 134.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, conforme al cual “los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolos a órganos distintos”, es un principio de carácter legal cuya tutela corresponde a los órganos judiciales a través de los correspondientes recursos, sin que la exigencia de imparcialidad del órgano administrativo sancionador sea, como pretende la entidad recurrente, una garantía derivada, con el carácter de derecho fundamental, del artículo 24.2 CE, cuyas exigencias, relativas a la imparcialidad judicial, sólo rigen para el órgano judicial que deba resolver sobre la legalidad de la actuación administrativa.

De ese modo, la eventual infracción en un procedimiento administrativo sancionador del principio de que se encomiende a órganos distintos la fase instructora y la sancionadora carece de relevancia constitucional a los efectos del artículo 24.2 CE y, en su caso, este Tribunal sólo podrá conocer de dicha infracción, por la vía del artículo 44 LOTC, cuando los órganos judiciales en la función de tutela, como cuestión de legalidad ordinaria, de dicho principio hubieran incurrido en algún defecto de motivación con relevancia constitucional.»

(STC 174/2005, de 4 de julio. Recurso de amparo 2500/2001. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 5 de agosto de 2005.)

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción

«Ha de recordarse ahora la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual, al abordar la tarea de examinar ex artículo 24.1 CE las resoluciones judiciales que cierran el acceso a la jurisdicción y, por tanto, impeditivas de la obtención de una primera respuesta judicial sobre el fondo de los derechos e intereses sometidos a tutela, despliega su máxima eficacia el principio *pro actione*, exigiéndose por su virtud que los órganos judiciales, cuando interpreten los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la *ratio* de la norma con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de las normas procesales impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto, vulnerando las exigencias del principio de proporcionalidad (SSTC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; 158/2000, de 12 de junio, FJ 5; 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 72/2002, de 8 de abril, FJ 2; 188/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 219/2003, de 15 de diciembre, FJ 2; 220/2003, de 15 de diciembre, FJ 3; 142/2004, de 13 de septiembre, FJ 2, entre otras muchas).

Es la caducidad de la acción una de las causas legales impeditivas de un pronunciamiento sobre el fondo y, como tal presupuesto procesal establecido en aras del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), no vulnera en sí mismo el derecho a la tutela judicial efectiva siempre que el legislador habilite unos plazos suficientes y adecuados en orden a hacer valer los derechos e intereses legítimos ante los Tribunales, de manera que su tutela no resulte imposible por insuficiencia del plazo concedido al efecto (SSTC 77/2002, de 8 de abril, FJ 3; 126/2004, de 19 de julio, FJ 3). Por otro lado la aplicación de los plazos de prescripción y de caducidad es un tema que reiteradamente hemos venido calificando como de legalidad ordinaria y que, como tal, corresponde en exclusiva resolver a los órganos judiciales (arts. 117.3 CE y 44.1.b LOTC). Sin embargo nada impide que adquiera una dimensión constitucional cuando la decisión judicial suponga la inadmisión de un proceso como consecuencia de un error patente, una fundamentación insuficiente, irrazonable o arbitraria (por todas, SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 3; 27/2003, de 10 de febrero, FJ 4, y 188/2003, de 27 de octubre, FJ 4).

Si además el momento procesal en el que se aprecia la caducidad de la acción es el del acceso al proceso para la búsqueda de una primera resolución judicial sobre el fondo de las pretensiones esgrimidas, es claro que el juzgador se halla vinculado –como se ha dicho– por la regla hermenéutica *pro actione*, debiendo quedar marginadas aquellas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos legales que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la pretensión a él sometida (SSTC 218/2001, de 31 de octubre, FJ 3; 13/2002, de 28 de enero, FJ 3; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; 154/2004, de 20 de septiembre, FJ 2, y 184/2004, de 2 de noviembre, FJ 3).»

(STC 44/2005, de 28 de febrero. Recurso de amparo 820/2003. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 5 de abril de 2005.)

«El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) comprende, como manifestación más inmediata, el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas ante ellos en el proceso, salvo que la procedente sea una resolución de inadmisión en el caso de que concurra causa legal para ello y así se

aprecie razonadamente por el órgano judicial (SSTC 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 4; 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4; 251/2004, de 20 de diciembre, FJ 2, entre otras). En relación al canon de control de las decisiones de inadmisión que cierran el proceso impidiendo una primera respuesta judicial este Tribunal ha sostenido que la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos materiales y procesales es una cuestión de legalidad sobre la que han de decidir los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad que privativamente les confiere el artículo 117.3 CE, pues es facultad propia de la jurisdicción ordinaria determinar cuál sea la norma aplicable al supuesto controvertido (por todas, con que se proyecta el principio *pro actione* cuando lo que está en juego, como aquí ocurre, es la obtención de una primera decisión judicial).

En particular, sobre las decisiones judiciales relativas al ejercicio extemporáneo de las acciones, hemos señalado en la STC 252/2004, de 20 de diciembre (reiterando lo afirmado en las SSTC 214/2002, de 11 de noviembre, y 154/2004, de 20 de septiembre) que: “el instituto de la caducidad de la acción constituye una de las causas legales impeditivas de un pronunciamiento sobre el fondo, y, como tal presupuesto procesal, no vulnera por sí mismo el derecho a la tutela judicial efectiva, como tampoco se deriva ninguna lesión de su correcta apreciación por parte de los órganos judiciales, ya que los plazos en los que las acciones deben ejercitarse no se encuentran a disposición de las partes. A partir de esta premisa la jurisprudencia constitucional ha mantenido respecto a la caducidad el mismo criterio de control de constitucionalidad que para el resto de los plazos procesales; es decir, que su cómputo es una cuestión de legalidad ordinaria, sobre la que únicamente corresponde pronunciarse al órgano judicial, de modo que su excepcional revisión en sede constitucional queda reducida a los supuestos en los que pueda resultar afectado el artículo 24.1 CE, por haberse realizado un cómputo manifiestamente erróneo, o se haya apreciado la caducidad sin razonamiento o con razonamiento arbitrario o irrazonable, entendiéndose por tal, no toda interpretación que no sea la más favorable, sino la que por excesivo formalismo o rigor revele una clara desproporción entre los fines preservados por las condiciones legales de admisión y los intereses que resultan sacrificado” (FJ 5).

(.../...)

Conviene recordar que es doctrina constitucional consolidada que “la fijación de un plazo para la evacuación de un trámite procesal representa, contemplado desde la perspectiva de la parte a la que le corresponde su cumplimiento, tanto la imposición de una carga de actuar tempestivamente como el reconocimiento del derecho a disponer del plazo en su totalidad” (SSTC 269/2000, de 30 de octubre, FJ 5; 38/2001, de 12 de febrero, FJ 2; 54/2001, de 26 de febrero, FJ 2, y 222/2003, de 15 de diciembre, FJ 4). De ahí que hayamos de concluir que existe violación del derecho a la tutela judicial efectiva si la interpretación ofrecida por el órgano judicial es manifiestamente irrazonable (tal como ocurriera en el supuesto contemplado en la STC 222/2003, de 15 de diciembre) o produce como resultado final el efecto de hacer impracticable el derecho al disfrute del plazo para interponer el recurso en su totalidad.»

(STC 64/2005, de 14 de marzo. Recurso de amparo 2263/2003. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 19 de abril de 2005.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la defensa contradictoria

«En orden al análisis de fondo del caso enjuiciado 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, puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, cuya violación denuncia el demandante de amparo, significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes (STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3). Esta exigencia 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 o 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; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2). Y ello ha de garantizarse en todo proceso judicial, también en el juicio de faltas (SSTC 54/1985, de 18 de abril, y 225/1988, de 28 de noviembre), tanto cuando las partes comparezcan por sí mismas (autodefensa), como cuando lo hagan con la asistencia de Letrado, si optaren por esta posibilidad, o la misma fuere legalmente impuesta (SSTC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3, y 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3).

Más concretamente, decíamos en la STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3, que precisamente la preservación de sus derechos fundamentales y, en especial, la regla o principio de interdicción de indefensión, “reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes (STC 226/1988, de 28 de noviembre), por lo que corresponde a los órganos judiciales velar por que en las distintas fases de todo proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes que posean estas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen. Este deber se agudiza, desde luego, en el proceso penal, dada la trascendencia de los intereses en juego (SSTC 41/1997, de 10 de marzo; 102/1998, de 8 de junio, y 91/2000, de 4 de mayo), de forma 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’ (STC 112/1989, de 19 de junio). Específica manifestación del derecho de defensa son las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio, y 76/1999, de 26 de abril), y muy concretamente la de ‘interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él’, facultad ésta que el artículo 6.3 d) del Convenio europeo de derechos humanos reconoce a todo acusado como regla general entre sus mínimos derechos, y de un tenor similar es el artículo 14.3 e) del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (SSTC 10/1992, de 16 de enero, y 64/1994, de 28 de febrero)”.

“La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las ‘reglas esenciales del desarrollo del proceso’ (SSTC 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000), sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera. Se trata de un derecho formal (STC 144/1997, de 15 de septiembre) cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer (SSTC 26/1999, de 8 de marzo), de manera que puede afirmarse que ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido, pues, como hemos señalado en anteriores ocasiones: ‘el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos’ (STC 144/1997, de 15 de septiembre)” (STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3).

Por su parte, en relación con el derecho de última palabra, hemos indicado en la STC 181/1994, de 20 de junio, FJ 3, que “el derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no sólo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también a defenderse personalmente [arts. 6.3 c) y 14.3 d) del Convenio y del Pacto más arriba reseñados] en la medida en que lo regulen las leyes procesales de cada país configuradoras del derecho. Es el caso que la nuestra en el proceso penal (art. 739 LECrim) ofrece al acusado el ‘derecho a la última palabra’ (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984), por sí mismo, no como una mera formalidad, sino –en palabras del Fiscal que la Sala asume– ‘por razones íntimamente conectadas con el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera’. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio”.

(STC 93/2005, de 18 de abril. Recurso de amparo 4225/2002. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 20 de mayo de 2005.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la ejecución de Sentencias

«Es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la ejecución de Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren serían meras declaraciones de intenciones (entre otras muchas, SSTC 144/2000, de 29 de mayo, FJ 6; 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 3/2002, de 14 de enero, FJ 4; 140/2003, de 14 de julio, FJ 6). De ahí que este Tribunal haya señalado que este derecho fundamental garantiza el cumplimiento de los mandatos que estas resoluciones judiciales contienen (STC 240/1998, de 15 de diciembre, FJ 2); todo ello sin perjuicio de admitir también que, cuando la ley lo permita y siempre que existan “razones atendibles”, pueda sustituirse el cumplimiento “en sus propios términos” por el cumplimiento por equivalente (por todas STC 240/1998, de 15 de diciembre).

Todo ello conlleva que, como ha sostenido la STC 1/1997, de 13 de enero, FJ 3, este derecho fundamental tenga como presupuesto lógico y aun constitucional la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas, pues, como también ha sostenido este Tribunal, el derecho a que la ejecución de lo juzgado se lleve a cabo “en sus propios términos”, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce en un derecho subjetivo del justiciable, que “actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley” (SSTC 119/1988, de 20 de junio, FJ 3; 106/1999, de 14 de junio, FJ 3). De ahí que, en estos casos, el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, al constituir un presupuesto lógico del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, se integre en este derecho fundamental (SSTC 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2; 116/2003, de 16 de junio, FJ 3).

Por otra parte también conviene recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la interpretación del sentido y alcance del fallo es una cuestión que corresponde a los Jueces y Tribunales, por lo que este Tribunal no puede ejercer más control sobre esta actividad jurisdiccional que el de “velar para que tales decisiones se adopten en el seno de un procedimiento de ejecución de un modo razonablemente coherente con el contenido de la resolución que haya de ejecutarse” (SSTC 1/1997, de 13 de enero; 240/1998, de 15 de diciembre; 144/2000, de 29 de mayo, FJ 9; 4/2003, de 20 de enero, FJ 3, entre otras muchas).»

(STS 86/2005, de 18 de abril. Recurso de amparo 3791/2000. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 20 de mayo de 2005.)

«Ha de traerse a colación la reiterada doctrina de este Tribunal, según la cual 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. 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 no es ilimitado, 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. 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 esas 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 o incurran en error patente podrán considerarse lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva.

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. Esta regla general encuentra, no obstante, una excepción, pues 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. Por ello hemos declarado que el llamado recurso de aclaración –remedio procesal previsto con carácter general en el artículo 267 LOPJ– es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo ser utilizada esta vía de aclaración 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, 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.

Por último ha de recordarse que la aplicación del canon constitucional de fiscalización reseñado exige el contraste del fallo de la resolución objeto de ejecución (interpre-

tado 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; 207/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 49/2004, de 30 de marzo, FJ 2; 190/2004, de 2 de noviembre, FJ 3; 223/2004, de 29 de noviembre, FJ 6).»

(STC 115/2005, de 9 de mayo. Recurso de amparo 492/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 8 de junio de 2005. En el mismo sentido, STC 96/2005, de 18 de abril. Recurso de amparo 7165/2002. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 20 de mayo de 2005.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que 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. Cabe, en consecuencia, constatar la vulneración de este derecho fundamental cuando se priva a su titular del acceso a la jurisdicción; cuando, personado ante ella, no obtiene respuesta; cuando, obteniendo respuesta, ésta carece de fundamento jurídico o dicho fundamento resulta arbitrario; o cuando, obteniendo respuesta jurídicamente fundada, el fallo judicial no se cumple (SSTC 324/1994, de 1 de diciembre, FJ 2; 24/1999, de 14 de abril, FJ 3; 10/2000, de 17 de enero, FJ 2, por todas).

Procede recordar al respecto 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, y que 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; en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, 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, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería en todo caso una mera apariencia. En suma, el artículo 24 CE impone a los órganos judiciales, no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener un contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 100/2004, de 2 de junio, FJ 5, por todas).

Así pues no puede entenderse satisfecho el derecho a la tutela judicial efectiva con una fundamentación cualquiera del pronunciamiento judicial, sino que, muy al contrario, se precisa una fundamentación en Derecho, es decir, que en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas jurídicas que se consideren adecuadas al caso y carente de arbitrariedad, lo que sólo puede lograrse si en la resolución judicial se hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial y se exponen las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones

legales que se aplican, si bien con ello no se garantiza, claro está, ni el acierto de la argumentación judicial, ni tampoco, como es obvio, el triunfo de una pretensión determinada (STC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2). En tal sentido este Tribunal tiene declarado que existe arbitrariedad cuando, aun constatada la existencia formal de argumentación, la resolución judicial resulta fruto de un mero voluntarismo judicial o expresa un proceso deductivo irracional o absurdo, lo que supone que la resolución judicial no es expresión de la Administración de justicia, sino mera apariencia de la misma y, por tanto, negación radical de la tutela judicial (SSTC 151/1994, de 23 de mayo, FJ 3; 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7).»

(STC 96/2005, de 18 de abril. Recurso de amparo 7165/2002. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 20 de mayo de 2005.)

«De acuerdo con la reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 CE, comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por aquellos en el proceso que, no obstante, puede ser también de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 4; 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4, entre otras). También se ha sostenido que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Al respecto debemos recordar ahora que es doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no puede considerarse fundada en Derecho y lesiona, por ello, el derecho a la tutela judicial (SSTC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3; 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4, y 25/1990, de 19 de febrero, FJ 5). Es cierto que la aplicación de la legalidad corresponde exclusivamente a los Tribunales ordinarios (art. 117.3 CE) y que, por ello, este Tribunal Constitucional carece de jurisdicción para actuar como una instancia casacional destinada a velar por la corrección interna de la interpretación jurisdiccional de la legalidad ordinaria (STC 25/1990, de 15 de febrero, FJ 5). Sin embargo ello no obsta para que, en determinados supuestos, pueda estar justificado el análisis mismo del razonamiento judicial en esta vía de amparo constitucional, porque la inadecuación o el error en tal razonamiento puede eventualmente traducirse en una decisión lesiva de un derecho fundamental (STC 100/1987, de 12 de junio, FJ 2). Así ocurre en los casos en los que, como en el resuelto por la STC 184/1992, de 16 de noviembre, la resolución judicial contiene contradicciones internas o errores lógicos que hacen de ella una resolución manifiestamente irrazonable por contradictoria y, por ello, carente de motivación. El derecho a obtener una resolución fundada en Derecho implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2), y, en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). Este último aspecto no incluye el derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2), no pudiendo concebirse el recurso de amparo como un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico al caso, so pena de desvirtuar su naturaleza (STC 226/2000, de 2 de octubre, FJ 3). Sin

embargo, el derecho que nos ocupa sí conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuera arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6).

Así pues, un error del órgano judicial sobre los presupuestos fácticos que le han servido para resolver el asunto sometido a su decisión puede determinar una infracción del artículo 24.1 CE. Para que se produzca tal afección es necesario, sin embargo, que concurren determinados requisitos, pues no toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional. En concreto, este Tribunal ha afirmado (SSTC 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, y 173/2003, de 29 de septiembre, FJ 2), que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y procede otorgar el amparo cuando la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, produciendo efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, siempre que se trate de un error que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y sea determinante de la decisión adoptada, constituyendo el soporte único o básico (*ratio decidendi*) de la resolución, de forma que la solución hubiera sido inequívocamente otra o no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error (SSTC 124/2004, de 19 de julio, y 251/2004, de 20 de diciembre, por citar dos de las más recientes).»

(STC 142/2005, de 6 de junio. Recurso de amparo 2854/2001. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 8 de julio de 2005. En el mismo sentido, STC 149/2005, de 6 de junio. Recurso de amparo 734/2003. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 8 de julio de 2005.)

«Como este Tribunal resume en la STC 128/2002, de 3 de junio, FJ 4, “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)”, por ello, prosigue esta misma Sentencia, “la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión –haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada interpretación y aplicación de la ley–, permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores, y, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan (STC 209/1993, de 28 de junio, FJ 1). De ahí que este deber sea más riguroso cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental”.

No obstante también hemos precisado que “esta exigencia constitucional no significa que las resoluciones judiciales deban contener un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que tengan las partes de la cuestión que se decide, sino que es suficiente, desde el prisma del precepto constitucional

citado, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi*” (STC 128/2002, de 3 de junio, FJ 4 y las que cita).»

(STC 164/2005, de 20 de junio. Recurso de amparo 2096/2002. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 21 de julio de 2005.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. Individualización de la pena

«En relación con la concreta exigencia de motivar las circunstancias que conducen a la individualización de la pena, este Tribunal en diversos pronunciamientos ha apuntado la necesidad de motivación de la determinación concreta de la pena (SSTC 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 3; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 6), aunque también ha destacado que cuando los datos básicos del proceso de individualización de la pena puedan inferirse de los hechos probados, no resultan constitucionalmente exigibles ulteriores razonamientos que los traduzcan en una cuantificación de pena exacta, dada la imposibilidad de sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición (SSTC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6; 136/2003, de 30 de junio, FJ 3).»

(STC 98/2005, de 18 de abril. Recursos de amparo 2040/2003 y 2105/2003, acumulados. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» de 20 de mayo de 2005.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a los recursos

«Como bien pronto tuvo la oportunidad de reconocer este Tribunal, el derecho de acceso al recurso constituye una de las manifestaciones fundamentales del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución. Salvo lo dispuesto en materia penal para el condenado –incluido el que lo es por falta (STC 91/2002, de 22 de abril, FJ 3)– por el artículo 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, que en virtud de lo establecido en el artículo 10.2 CE informa en este punto el contenido de la tutela judicial a la que los ciudadanos tienen derecho, esta vertiente del artículo 24.1 CE no constituye en puridad un derecho del ciudadano a que se establezca un recurso frente a las decisiones judiciales que le afecten, sino un derecho a que no se le prive de los recursos previstos por el ordenamiento jurídico. Tampoco es una manifestación del derecho que analizamos la de obtener en todo caso de una decisión sobre el fondo del recurso interpuesto, que puede ser inadmitido sin tacha constitucional alguna por razones formales o de fondo. En el control de estas decisiones judiciales de rechazo *a limine* este Tribunal se rige por el bien conocido baremo de la interdicción de las resoluciones arbitrarias, manifiestamente irrazonables o fruto de un error patente: “cuando se alega una supuesta lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a los recursos, el control constitucional de esas resoluciones judiciales es meramente externo y debe limitarse a comprobar si tienen motivación y si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de la corrección jurídica de las mismas (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 58/1995, de 10 de marzo, FJ 2; 142/1996, de 16 de septiembre, FJ 2; 211/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 76/1997, de 21 de abril; FJ 2; 39/1998, de 17 de febrero, FJ 2; 23/1999, de 8 de marzo, FJ 2, y 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2, entre otras muchas)” (STC 48/2002, de 25 de febrero, FJ 3).

Este canon es menos riguroso que el propio del derecho de acceso a la jurisdicción, 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” (por todas, STC 120/2002, de 20 de mayo, FJ 2). En materia de acceso a la tutela judicial, que constituye su vertiente más primaria, nuestro control se intensifica y alcanza a “la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican (SSTC 88/1997, 150/1997, 184/1997 y 38/1998)” (STC 235/1998, de 14 de diciembre, FJ 2).

(STC 69/2005, de 4 de abril. Recurso de amparo 3844/2000. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 10 de mayo de 2005.)

«Ha de recordarse la doctrina establecida por este Tribunal respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso (art. 24.1 CE), en relación con el requisito de la postulación procesal y que puede sintetizarse así:

a) “La Constitución española, en su artículo 24.1, reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales, lo que comprende, como este Tribunal ha afirmado con reiteración, el acceso a los recursos legalmente previstos. Y, como señalamos en nuestra Sentencia 115/1984, de 3 de diciembre, al exigirse en determinados casos que concurra la postulación procesal para que se produzca la actividad jurisdiccional”, puede derivar de esto, en ocasiones, una vulneración del “art. 24.1 CE. Ocurre de tal forma cuando el órgano judicial, por acción u omisión, cierra a una persona la posibilidad de suplir, por los medios que el ordenamiento jurídico facilita, su falta de postulación procesal, ya que no sólo se limita, sino que se hace imposible, la plena satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva (FJ 1)” (STC 221/2000, de 18 de septiembre, FJ 2).

b) “Es cierto que las formas y los requisitos procesales cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, pero no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución (STC 118/1987, de 8 de julio, FJ 2)” y así, más concretamente, venimos declarando que “tanto la presencia del Procurador como la del Letrado son requisitos de cumplimiento subsanable y sólo cuando no hayan sido subsanados tras haberse dado a la parte oportunidad para ello podrán servir como motivos de inadmisibilidad sin lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 133/1991, de 17 de junio, FJ 2, ratificando una línea jurisprudencial)” (STC 221/2000, de 18 de septiembre, FFJJ 2 y 3).»

(STC 84/2005, de 18 de abril. Recurso de amparo 3422/2000. Ponente. D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 20 de mayo de 2005.)

«El análisis de la queja sobre el artículo 24.1 CE debe comenzar por la exposición de la consolidada doctrina elaborada por este Tribunal en relación con los criterios para fiscalizar desde una perspectiva constitucional las resoluciones judiciales de inadmisión de un recurso legalmente previsto (entre otras, SSTC 197/1999, de 25 de octubre; 94/2000, de 10 de abril; 258/2000, de 30 de octubre; 295/2000, de 11 de diciembre, y 181/2001, de 17 de septiembre), en la que hemos sentado la premisa de que el acceso a los recursos tiene una relevancia constitucional distinta a la del acceso a la jurisdicción. En efecto, mientras que el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada en Derecho goza de protección constitucional

directa en el artículo 24.1 CE, el derecho a la revisión de esta resolución es, en principio, y dejando a salvo la materia penal, un derecho de configuración legal al que no resulta aplicable el principio *pro actione*. Por ello, desde nuestra STC 37/1995, de 7 de febrero, venimos afirmando que este principio no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, cuando se trata de acceder a la jurisdicción, que en las sucesivas, cuando se intentan utilizar los recursos de nuestro sistema procesal. De este modo el principio *pro actione* encuentra su ámbito característico de aplicación en el acceso a la jurisdicción y en la doble instancia penal, pero no en los demás casos, en los que el derecho a acceder a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación.

El lógico corolario de la mencionada doctrina es que la decisión sobre la admisión de los recursos y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que están sujetos constituye, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde determinar exclusivamente a los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el artículo 117.3 CE (por todas, STC 252/2004, de 20 de diciembre, FJ 3) y, en tal consideración, cuando se alega el derecho de acceso a los recursos el control constitucional de las resoluciones judiciales que puede realizar este Tribunal es meramente externo y debe limitarse a comprobar si carecen de motivación (STC 63/1992, de 29 de abril, FJ 2), se apoyan en una causa legal inexistente (STC 168/1998, de 21 de julio, FJ 2), resultan infundadas, o han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica (SSTC 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 6/2001, de 15 de enero, FJ 3, 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 obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 CE; todo ello sin perjuicio de que tampoco resulte admisible que 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, señalamos en la STC 187/2004, de 2 de noviembre, FJ 2, que 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, 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. Y añadimos que “[e]n 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 107/2005, de 9 de mayo. Recurso de amparo 1702/2002. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» de 8 de junio de 2005. En el mismo sentido, STC 125/2005, de 23 de mayo. Recurso de amparo 1138/2000. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 22 de junio de 2005.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Error patente

«De acuerdo con la doctrina constitucional (por todas STC 201/2004, de 15 de noviembre, FJ 3), los errores en los que incurren los órganos judiciales sobre los presupuestos fácticos que les han servido para resolver los asuntos sometidos a su consideración pueden ocasionar una vulneración del derecho que consagra el artículo 24.1 CE, ya que, como reiteradamente ha sostenido este Tribunal, de este derecho fundamental se deriva el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, lo que, a su vez exige, no sólo que las resoluciones judiciales se encuentren motivadas, sino además que la argumentación en la que se fundamentan no constituyan una aplicación arbitraria ni irrazonable de la legalidad ni incurran tampoco en errores patentes, pues de otro modo la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia.

De ahí que para poder apreciar que una resolución judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por haber incurrido en un error, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal (por todas la ya citada STC 201/2004), es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial incurra en un error fáctico que sea verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, pues, de otro modo, el error no podría considerarse patente; en segundo lugar, el error debe ser determinante de la decisión, esto es, una vez constatada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución pierde el sentido y alcance que la justifica. Junto a ello es preciso que el error sea imputable exclusivamente al Juzgador, de ahí que, para poder apreciar esta infracción constitucional es necesario que quien invoca el error no haya contribuido con su conducta pasiva o negligente a su comisión y por está razón se ha sostenido que carecen de relevancia constitucional los errores que también son imputables a la falta de diligencia de la parte (SSTC 82/1999, de 10 de mayo, FJ 2; 37/2003, de 25 de febrero, FJ 5, entre otras muchas). Por último, es necesario que el error produzca efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca, pues, de acuerdo con la doctrina constitucional, para que pueda apreciarse la vulneración del derecho que consagra el artículo 24.1 CE es preciso que la resolución judicial cause al recurrente un perjuicio real y efectivo en sus derechos o intereses legítimos.»

(STC 85/2005, de 18 de abril. Recurso de amparo 3477/2000. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 20 de mayo de 2005. En el mismo sentido, STC 167/2005, de 20 de junio. Recurso de amparo 727/2003. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 21 de julio de 2005.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia

«Forma parte de la jurisprudencia sentada por este Tribunal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva que determinados supuestos de falta de respuesta judicial a las cuestiones planteadas por las partes en el proceso constituyen denegaciones de justicia en sentido propio y aparecen por ello vedadas por el artículo 24.1 CE. Tal vacío de tutela judicial con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando una

pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste. No es el nuestro en tales casos un juicio acerca de “la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundamentar su fallo”, sino sobre el “desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes” (SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3; 53/1999, de 12 de abril, FJ 3; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). Como recordaba recientemente la STC 8/2004, de 9 de febrero, se trata de “un quebrantamiento de forma que... 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” (FJ 4).

a) En la lógica de la cuestión fundamental no resuelta por el órgano judicial, constituye el primer requisito de la incongruencia omisiva que infringe el artículo 24.1 CE el de que dicha cuestión fuera “efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno” (STC 5/2001, de 15 de enero, FJ 4; también, entre otras, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 206/1998, de 26 de octubre, FJ 2).

b) Debe reseñarse, en segundo lugar, que no se trata de cualquier cuestión, sino, en rigor, de una pretensión, de una petición que tiene lugar en el proceso en virtud de una determinada fundamentación o causa *petendi*. Como subrayaban las SSTC 124/2000, de 16 de mayo, y 40/2001, de 12 de febrero, “el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum*. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre” (FJ 3 en ambas). Esta precisión sobre el objeto de la incongruencia constitucionalmente relevante ha servido, en primer lugar, para poder constatarla en supuestos en los que sí hay respuesta judicial a la petición, pero en correspondencia a otro fundamento y con ello a otra pretensión. Así, la STC 143/1995, de 3 de octubre, otorga el amparo “aunque el órgano judicial desestime el *petitum* del recurso, consistente en la solicitud de nulidad del acuerdo sancionador”, pues “no existe en la resolución judicial analizada dato alguno que permita entender que la denunciada lesión del derecho de defensa, esgrimida claramente por el interno como causa *petendi*, fue valorada por el órgano judicial en su decisión desestimatoria” (FJ 5). Además, en segundo lugar, la constrictión de la incongruencia omisiva relevante a la que tiene por objeto la pretensión procesal distingue estos supuestos de los que se suscitan por falta de respuesta a las alegaciones no sustanciales con las que se quiere avalar las pretensiones.

Estos últimos supuestos no deben analizarse desde la perspectiva de la inexistencia de respuesta judicial, sino desde la menos rigurosa de la motivación de la misma. Así lo recordaba la STC 23/2000, de 31 de enero: “No toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Para apreciar esta lesión constitucional debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues, si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas –y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial–, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más posible excepción que la existencia de una desestimación tácita de la pretensión sobre la que se denuncia la omisión de respuesta explícita” (FJ 2; también, entre otras, SSTC

91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 56/1996, de 15 de abril, FJ 4; 246/2004, de 20 de diciembre, FJ 7).

c) Obvio es decir que el tercero de los requisitos de la incongruencia omisiva constitutiva de un vacío de tutela es la falta de respuesta del órgano judicial a la pretensión debidamente planteada por una de las partes en el proceso. Tal falta de respuesta no debe hacerse equivaler a la falta de respuesta expresa, pues los requisitos constitucionales mínimos de la tutela judicial pueden satisfacerse con una respuesta tácita, análisis éste que exigirá una cuidadosa y particularizada atención al tenor de la resolución impugnada (por todas, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 56/1996, de 15 de abril, FJ 4; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3). Para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita tal –y, con ello, de una mera omisión sin trascendencia constitucional– “es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita” (SSTC 1/2001, de 15 de enero, FJ 4; 141/2002, de 17 de junio, FJ 3). En tal sentido “no se produce incongruencia omisiva prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución, cuando la falta de respuesta judicial se refiera a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopta respecto de otras pretensiones que, siendo de enjuiciamiento preferente, determinen que su estimación haga innecesario o improcedente pronunciarse sobre éstas, como ocurre en el ejemplo típico de estimación de un defecto formal que impida o prive de sentido entrar en la resolución de la cuestión de fondo” (STC 4/1994, de 17 de enero, FJ 2).»

(STC 52/2005, de 14 de marzo. Recurso de amparo 3559/2000. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 19 de abril de 2005. En el mismo sentido, STC 103/2005, de 9 de mayo. Recurso de amparo 467/2001. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» del 8 de junio de 2005. Y STC 151/2005, de 6 de junio. Recurso de amparo 3134/2003. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» de 8 de julio de 2005.)

«Este Tribunal ha venido definiendo desde la STC 20/1982, de 5 de mayo (FFJJ 1 a 3), en una constante y consolidada jurisprudencia, el vicio de incongruencia como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso. Al conceder más, menos o cosa distinta 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*. Son muy numerosas las decisiones en las que este Tribunal ha abordado la relevancia constitucional del vicio de incongruencia de las resoluciones judiciales, precisando cómo y en qué casos una resolución incongruente puede lesionar el derecho fundamental recogido en el artículo 24.1 CE. Se ha elaborado así un cuerpo de doctrina consolidado, que puede sistematizarse, a los efectos que a este amparo interesan, en los siguientes puntos:

a) El vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum*. Ciñéndonos a estos últimos, la 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 resolu-

ciones judiciales puedan modificar la causa petendi, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*.

b) Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de una parte, la incongruencia omisiva o *ex silentio* y, de otra, la incongruencia por exceso o *extra petitum*. Aquélla, que es la modalidad que ahora interesa, se produce cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita o pormenorizada de todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamenten la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales.

(.../...)

c) En algunas ocasiones ambas modalidades de incongruencia, esto es, la incongruencia omisiva o *ex silentio* y la incongruencia por exceso o *extra petitum*, pueden presentarse unidas, dándose la llamada incongruencia por error, que es aquélla 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 aquélla sin respuesta (SSTC 85/2000, de 27 de marzo, FJ 4; 156/2000, de 12 de junio, FJ 4; 130/2004, de 19 de julio, FJ 3).»

(STC 95/2005, de 18 de abril. Recurso de amparo 6676/2002. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 20 de mayo de 2005.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a obtener condena penal

«Es procedente recordar la doctrina sentada por este Tribunal en relación con el canon de control de constitucionalidad en materia de recursos de amparo contra sentencias penales absolutorias. Pues bien, de acuerdo con la referida doctrina, la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona (por todas, SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4, 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 4, 215/1999, de 28 de diciembre, FJ 1, y 168/2001, de 16 de julio, FJ 7), sino que meramente es titular del *ius ut procedatur*, es decir, del “derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho” (por todas, STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4), que ha sido configurado por este Tribunal como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción (por todas, SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FFJJ 10 y 11; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4) y que no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso (SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, 138/1999, de 22 de julio, FJ 5, 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4, entre otras muchas). Por ende, la función de este Tribunal en el cauce

constitucional de amparo se limita a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor le reconocen.

Asimismo este Tribunal ha precisado que cuando el justiciable ha acudido a la vía penal como único medio de reacción contra derechos fundamentales sustantivos que considera lesionados y la jurisdicción penal, tras la sustanciación del proceso con plenas garantías, no ha dictado sentencia condenatoria, cabe acudir a este Tribunal para solicitar un pronunciamiento declarativo, previsto en el artículo 55.1.b) LOTC, sobre la existencia de la vulneración alegada del derecho fundamental sustantivo de que se trate. En estos supuestos, en caso de otorgarse el amparo, el pronunciamiento de este Tribunal se limitará, en efecto, a declarar la vulneración del derecho fundamental, sin que tal pronunciamiento conlleve, a su vez, la declaración de nulidad de la sentencia absolutoria firme impugnada (entre otras muchas, SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, 21/2000, de 31 de enero, FJ 2, y 148/2002, de 15 de julio, FJ 3).

Por el contrario, si la queja del recurrente en amparo que ha intervenido como titular del *ius ut procedatur* en un proceso penal en el que ha recaído un pronunciamiento absolutorio se fundamenta en la vulneración de derechos procesales garantizados en el artículo 24 CE, entonces sí es procedente, en caso de otorgamiento del amparo, declarar la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas y retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno anterior a aquél en que se produjo la lesión estimada. Pues, en efecto, la mencionada imposibilidad de que este Tribunal declare la nulidad de sentencias penales absolutorias “no ha de entenderse referido a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales” (por todas, SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1, y 168/2001, de 16 de julio, FJ 7).

En aplicación de esta doctrina, hemos efectuado pronunciamientos de anulación y retroacción por haberse sustanciado el recurso de apelación sin unir el escrito de impugnación de la acusación particular y, por tanto, sin que el órgano judicial lo tomara en consideración (STC 138/1999, de 22 de julio), por haberse producido una incongruencia *extra petitum* al introducirse en la Sentencia de apelación un elemento que no había sido objeto de debate contradictorio (STC 215/1999, de 29 de noviembre) o por haberse dictado Sentencia absolutoria en apelación sin haber tenido lugar el juicio oral en el que las partes hubieran podido ejercer su derecho de defensa sobre la cuestión de fondo y versando exclusivamente la apelación sobre si el apelante era o no titular de acción penal contra su cónyuge (STC 168/2001, de 16 de julio).»

(STC 45/2005, de 28 de febrero. Recurso de amparo 1129/2003. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 5 de abril de 2005.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación

Ver comentario de jurisprudencia al epígrafe *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho*, del artículo 24.1.

Derecho a la tutela judicial efectiva. Notificación a las partes de un proceso penal

«Una reiterada jurisprudencia constitucional ha advertido sobre la especial trascendencia de los actos de comunicación de los órganos judiciales con las partes, en

especial de aquél que se efectúa con quien está legitimado para ser parte en el procedimiento, pues en tal caso el acto de comunicación es el necesario instrumento que hace posible la comparecencia del interesado en el proceso o, en su caso, en el recurso, y la defensa de sus derechos e intereses legítimos; se trata, por tanto, con dichos actos de comunicación de garantizar la defensa de las partes, de manera que mediante el conocimiento del acto o resolución que los provoca tengan aquéllas la posibilidad de disponer lo conveniente para defender sus derechos e intereses. Sólo la incomparecencia en el proceso o en el recurso debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia, o a la de su representación procesal y técnica, puede justificar una resolución inaudita parte. “De modo que, en la medida en que hacen posible la comparecencia del interesado y la defensa de sus derechos e intereses, los actos de comunicación representan una exigencia ineludible para que las garantías constitucionales del proceso resulten aseguradas (SSTC 48/1986, de 23 de abril, FFJJ 1 y 2; 16/1989, de 30 de enero, FJ 2; 110/1989, de 12 de junio, FJ 2; 142/1989, de 18 de septiembre, FJ 2; 17/1992, de 10 de febrero, FJ 2; 78/1992, de 25 de mayo, FJ 2; 117/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 236/1993, FJ único; 308/1993, de 25 de octubre, FJ 2; 18/1995, de 24 de enero, FJ 2.a); 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3; 105/1999, de 14 de junio, FJ 1; 294/2000, de 11 de diciembre, FJ 2)”.

En relación con las concretas circunstancias del caso aquí objeto de atención, de tratarse de un proceso penal y de ocupar el recurrente en él la posición de acusado, continúa el citado fundamento aseverando: “El deber de los órganos judiciales de emplazar debidamente a quienes hayan de comparecer en juicio o en sus distintas instancias, si bien es exigible en todo tipo de procesos, ha de ser cumplimentado con especial rigor en el ámbito del proceso penal y especialmente en lo referente al imputado, acusado o condenado, dada la trascendencia de los intereses en juego y los principios constitucionales que lo informan, pues no en vano en el proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema –la pena criminal– y esta actuación puede implicar una profunda injerencia en la libertad del ciudadano y en el núcleo más sagrado de sus derechos fundamentales (SSTC 118/1984, de 5 de diciembre, FJ 2; 196/1989, de 27 de noviembre, FJ 2; 99/1991, de 9 de mayo, FJ 2; 18/1995, de 24 de enero, FJ 2.a) y b); 135/1997, de 21 de julio, FJ 4; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2)”.

Por lo que respecta a la circunstancia, también concurrente en este caso, de consistir el proceso en cuyo seno se afirma haber incurrido en las lesiones constitucionales aducidas en un juicio de faltas, hemos recordado asimismo, por ejemplo en la STC 176/1998, de 14 de septiembre, que la garantía sobre la que versa lo antedicho “según reiterada doctrina de este Tribunal, también es exigible en el juicio de faltas (SSTC 22/1987, 41/1987, 102/1987, 236/1993, 327/1993 y 10/1995, entre otras)” (FJ 1).

Más concretamente aún, en lo referido al modo de citación telefónica, como apuntan tanto el recurrente como el Fiscal, este Tribunal ha señalado, además de lo que luego se dirá en el curso de la argumentación, que “El acto de comunicación, es decir, la citación, tiene que practicarse en forma legal mediante el cumplimiento de los requisitos procesales cuya finalidad estriba en que, no sólo el acto o resolución llegue a conocimiento de la parte, sino también que el Juzgado tenga la seguridad o certeza del cumplimiento de los requisitos legales en orden a asegurar la recepción de dicha comunicación por su destinatario (SSTC 99/1991 y 141/1991). Esta forma de notificación utilizada, ‘por teléfono’, no es, desde luego, medio idóneo para emplazamientos y citaciones a juicio oral del acusado o del condenado a la vista” (STC 105/1993, de 22 de marzo, FJ 4, reiterada en la STC 176/1998, de 14 de septiembre, FJ 1).»

(STC 94/2005, de 18 de abril. Recurso de amparo 5632/2002. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 20 de mayo de 2005).

Derecho a la tutela judicial efectiva. «Reformatio in peius»

«Como puede leerse en la STC 28/2003, de 10 de febrero, FJ 3, “la interdicción de la reforma peyorativa, si bien no está expresamente enunciada en el artículo 24 CE, representa un principio procesal que, a través del régimen de garantías legales de los recursos, integra el derecho a la tutela judicial efectiva, conectándose con las exigencias derivadas de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7, 116/1988, de 20 de junio, FJ 2, 56/1999, de 12 de abril, FJ 2)”. “[L]a *reformatio in peius* incluye la prohibición de que el órgano judicial ad quem exceda los límites en que esté formulado el recurso, acordando una agravación de la Sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste”; y, por tanto, tiene lugar “cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación” (SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2, 196/1999, de 25 de octubre, FJ 3).

En este sentido, y como recuerda en su fundamento jurídico 4 la resolución citada, ya la STC 84/1985, de 8 de julio, FJ 1, concluyó que la proscripción de reforma peyorativa impedía al Juez penal de segunda instancia (el Tribunal Supremo, en aquel caso) modificar de oficio la Sentencia agravando la pena si sólo fue apelante el condenado y tanto la víctima del delito como el Fiscal se aquietaron, señalando que esa exigencia queda reflejada en el artículo 902 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), según el cual la nueva Sentencia de casación que se dicte no impondrá pena superior a la señalada en la Sentencia impugnada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente si se solicitó pena mayor. Del mismo modo, y por idénticas razones, se otorgó el amparo en la STC 28/2003, de 10 de febrero, al haber obtenido el apelante una condena que, en aras de la corrección de oficio de un error de la Sentencia apelada, agravaba la situación que resultaba de ésta.»

(STC 183/2005, de 4 de julio. Recurso de amparo 751/2003. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 5 de agosto de 2005.)

Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión

«El análisis de la lesión constitucional denunciada –derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE)– ha de iniciarse recordando la doctrina de este Tribunal acerca de este derecho.

Reiteradamente hemos declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) implica, en lo que aquí interesa, la necesidad de ser oído y, por consiguiente, en primer término, la exigencia de que sea llamado al juicio quien pueda verse afectado en sus derechos e intereses legítimos por el fallo que se dicte en el proceso, como inicial garantía del derecho a intervenir en él (por todas, SSTC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 6, y 248/2004, de 20 de diciembre, FJ 3), de forma que los órganos jurisdiccionales han de velar para que no se produzcan, bien por error o bien por un funcionamiento deficiente, situaciones de indefensión material. Por ello se ha afirmado reiteradamente que una errónea o defectuosa constitución de la relación jurídica procesal puede causar indefensión contraria a la tutela judicial efectiva (SSTC 77/1997, de 21 de abril, FJ 2; 176/1998, de 14 de septiembre, FJ 2; 219/1999, de 29 de noviembre, FJ 2, 294/2000, de 11 de diciembre, FJ 2, y 87/2003, de 19 de mayo, FJ 5), de tal modo que sólo si aquella se establece en la forma debida se hace

viable el respeto al derecho de defensa de los que son o pueden ser parte en el proceso y, especialmente, la ineludible observancia del principio de contradicción sobre el que se basa el derecho a ser oído (SSTC 219/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 294/2000, de 11 de diciembre, FJ 2, y 87/2003, de 19 de mayo, FJ 5), razón por la cual compete a los órganos judiciales vigilar por la escrupulosa constitución de la señalada relación.

Ahora bien, también hemos subrayado que no toda incorrección o irregularidad en la conformación de la relación jurídica procesal alcanza relevancia constitucional, pues para que sea posible apreciar indefensión vulneradora del artículo 24.1 CE es en todo caso necesario que la situación en que ésta haya podido producirse no se haya generado por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia (SSTC 190/1997, de 10 de noviembre, FJ 3; 210/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 91/2000, de 30 de marzo, FJ 2; 104/2001, de 23 de abril, FJ 4; 104/2003, de 2 de junio, FJ 2 y 198/2003, de 10 de noviembre, FJ 4), no pudiendo, en consecuencia, aducirse la concurrencia de indefensión material, incluso en el caso de un proceso seguido inaudita parte, cuando de las actuaciones se colija que el denunciante no ha desplegado la diligencia apropiada en la defensa de sus derechos porque la ausencia del proceso a la que se liga dicha indefensión ha sido resultado de la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o profesionales que les representen o defiendan (SSTC 78/1999, de 26 de abril, FJ 2; 82/2000, de 27 de marzo, FJ 4; 294/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 113/2001, de 7 de mayo, FJ 6, y 87/2003, de 19 de mayo, FJ 5). Así pues, si bien es cierto que los errores de los órganos judiciales no deben repercutir negativamente en la esfera del ciudadano, también lo es que a éste le es exigible una mínima diligencia, de forma que los posibles efectos dañosos resultantes de una actuación incorrecta de aquellos carecen de relevancia desde la perspectiva del amparo constitucional cuando el error sea asimismo achacable a la negligencia de la parte (SSTC 128/1998, de 16 de junio, FJ 6; 82/1999, de 10 de mayo, FJ 3; 150/2000, de 12 de junio, FJ 2; 65/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 37/2003, de 25 de febrero, FJ 6; 178/2003, de 13 de octubre, FJ 4, y 249/2004, de 20 de diciembre, FJ 2), bien porque se ha situado al margen del litigio por razón de una actitud pasiva con el objetivo de obtener una ventaja de esa marginación, o bien cuando se acredite que tenía un conocimiento extraprocesal de la existencia del proceso al que no fue llamado personalmente (SSTC 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4; 113/2001, de 7 de mayo, FJ 6; 1/2002, de 14 de enero, FJ 2; 191/2003, de 27 de octubre, FJ 3, y 225/2004, de 29 de noviembre, FJ 2). No obstante, no cabe fundar tales consecuencias en una valoración de simples conjeturas acerca de la actitud y conocimiento del interesado, sino que se hace precisa su verificación para que surta su efecto enervante de la tacha de indefensión (SSTC 219/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4; 185/2001, de 17 de septiembre, FJ 3; 87/2003, de 19 de mayo y 102/2003, de 2 de junio, FF JJ 2 y 4).»

(STC 128/2005, de 23 de mayo. Recurso de amparo 6190/2000. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 22 de junio de 2005.)

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. De acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, 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; 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, en su caso, proponer los medios de prueba que resultasen precisos (SSTC 155/1994, de 23 de mayo, FJ 2; 85/2003, de 8 de mayo, FJ 11; 146/2003, de 14 de julio, FJ 3; 5/2004, de 16 de enero, FJ 6).»

(STC 115/2005, de 9 de mayo. Recurso de amparo 492/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 8 de junio de 2005.)

«Del mismo modo, también conviene recordar que con arreglo a consolidada doctrina de este Tribunal “para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado”. (STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4 y las que cita), pues “no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el artículo 24 de la Constitución, ya que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto –o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento” (STC 37/2003, FJ 5, entre otras).»

(STC 164/2005, de 20 de junio. Recurso de amparo 2096/2002. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 21 de julio de 2005.)

Principio acusatorio.

«Nuestra jurisprudencia, relacionada con el principio acusatorio, se ha desarrollado en dos frentes complementarios relacionados con la proscripción de toda indefensión y con la imparcialidad que debe caracterizar toda actuación judicial.

a) En efecto, 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; 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; 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). Por lo que aquí interesa, 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 3.a); 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 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 con-

currencia' (SSTC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 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 aquellos 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)" (STC 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2).

b) Por otra parte, en diversas ocasiones hemos puesto de manifiesto la estrecha relación que el sistema acusatorio mantiene "con la garantía de imparcialidad de los Jueces o Tribunales (STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 2), garantía que ha conducido en nuestro ordenamiento procesal penal a la separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento (STC 145/1988, de 12 de abril), de una parte, y a la distribución de las funciones de acusación y enjuiciamiento, de otra, de modo que sean distintos los órganos o sujetos que desempeñen en el marco del proceso penal las funciones de acusar y de juzgar, evitando así que el juzgador asuma también la posición de parte, (es decir, una posición parcial)" (STC 174/2003, de 29 de septiembre, FJ 8). Y es 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; 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'" (STC 35/2004, de 8 de marzo, FJ 7).»

(STC 71/2005, de 4 de abril de 2005. Recurso de amparo 409/2001. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 10 de mayo de 2005. En el mismo sentido, STC 120/2005, de 10 de mayo. Recurso de amparo 5388/2002. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 8 de junio de 2005. Y STC 151/2005, de 6 de junio. Recurso de amparo 3134/2003. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» de 8 de julio de 2005.)

«Como hemos afirmado en la reciente STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 3, tal principio forma parte "de las garantías constitucionales sustanciales del proceso penal, no sólo en la dimensión expresamente reconocida por el artículo 24.2 CE de que nadie pueda ser condenado sin que se formule previamente una acusación de la que tenga conocimiento y posibilidades de defenderse de manera contradictoria, sino también en su dimensión, implícitamente reconocida entre las garantías constitucionales en el procedimiento penal, de que el objeto penal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial diferente del que ejerce la acusación (entre las últimas, SSTC 35/2004, de 8 de marzo, FJ 7; o 179/2004, de 18 de octubre, FJ 4)".

En lo tocante al primer aspecto citado del principio acusatorio, la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 3, diferencia en los términos siguientes las garantías del derecho a ser informado de la acusación y del deber de congruencia entre la acusación y el fallo, garantías ambas que vienen a constituir la queja del demandante. Por lo que respecta al derecho a ser informado de la acusación afirma que encierra un "contenido normativo complejo" (citando la STC 118/2001, de 17 de septiembre, FJ 4), "cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él, en términos suficientemente determinados, para poder defenderse de ella de manera contradictoria, convir-

tiéndose en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan (por todas, SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 19/2000, de 31 de enero, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 14; 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 4). Desde esta primera perspectiva hemos señalado que, a efectos de fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas (por todas, SSTC 174/2001, de 26 de julio, FJ 5), que debe contener 'los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar un determinado delito', que es lo que ha de entenderse 'por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa' (STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 6)".»

(STC 183/2005, de 4 de julio. Recurso de amparo 751/2003. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 5 de agosto de 2005.)

ARTÍCULO 24.2

Derecho a la asistencia letrada

«El derecho a la defensa y a la asistencia letrada tiene por finalidad 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 (por todas, SSTC 71/1999, de 26 de abril, FJ 3; 217/2000, de 18 de septiembre, FJ 2; 101/2002, de 6 de mayo, FJ 2, y 130/2003, de 30 de junio, FJ 2).»

(STC 141/2005, de 6 de junio. Recurso de amparo 2030/2001. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 8 de julio de 2005.)

«Con arreglo a la doctrina de este Tribunal es necesario distinguir entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales que la Constitución reconoce en el artículo 17.3 como una de las garantías del derecho a la libertad personal protegido en el apartado 1 de ese mismo artículo, y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución contempla en el artículo 24.2 CE dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido. Esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada, que guarda paralelismo con los textos internacionales sobre la materia (arts. 5 y 6 del Convenio europeo de derechos humanos, CEDH, y artículos 9 y 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, PIDCP), 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 CE (SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4; 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2, y 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6).

En este caso la denunciada infracción del derecho a la asistencia letrada ha de enmarcarse no en el artículo 17.3 CE, sino en el artículo 24.2 CE, habida cuenta de que la supuesta lesión del derecho a la asistencia letrada habría tenido lugar cuando don Bernardo Salgado Romero no se encontraba en situación de detención, sino ya de prisión y al prestar declaración como imputado ante el Juez de Instrucción.

Dentro del haz de garantías que conforman el derecho al proceso debido figura también, como reiterada y firme jurisprudencia de este Tribunal tiene declarado, el derecho a la asistencia letrada que el artículo 24.2 CE recoge de manera singularizada

y con proyección especial hacia el proceso penal, sin duda por la complejidad técnica de las cuestiones que en él se debaten y la relevancia de los bienes jurídicos que pueden verse afectados (SSTC42/1982, de 5 de julio, FJ 2; 47/1987, de 22 de abril, FJ 2; 245/1988, de 19 de diciembre, FJ 3; 37/1988, de 3 de marzo, FJ 6; 135/1991, de 17 de junio, FJ 2; 180/1991, de 23 de septiembre, FJ 2; 91/1994, de 21 de marzo, FJ 2; 110/1994, de 11 de abril, FJ 3; 18/1995, de 24 de enero, FJ 2 B), y 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 3). Es éste, junto al derecho a la defensa privada o autodefensa del propio imputado, una parte del contenido esencial del derecho constitucional de defensa que, al igual que todas las garantías que conforman el derecho en que se integra, trata de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad y de contradicción entre las partes, de forma que se eviten desequilibrios en las respectivas posiciones procesales o limitaciones del derecho de defensa que pueden producir indefensión como resultado, y, en último término, hacer valer con eficacia el derecho a la libertad de todo ciudadano (SSTC 47/1987, de 22 de abril, FJ 2; 132/1992, de 28 de septiembre, FJ 2; 18/1995, de 24 de enero, FJ 2.b), y 162/ 1999, de 27 de septiembre, FJ 3).

El derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del artículo 10.2 CE de acuerdo con el artículo 6.3 de Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, y con el artículo 14.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, es, en principio, y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable (STC 216/1988, de 14 de noviembre, FJ 2), lo que comporta de forma esencial que éste pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa (SSTC 30/1981, de 24 de julio, FJ 3; 7/1986, de 21 de enero, FJ 2, y 12/1993, de 18 de enero, FJ 3). Así pues, en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas del Abogado y, por ello, procede entender que la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector del derecho constitucional de defensa (STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5; 18/1995, de 24 de enero, FJ 2.b; 105/1999, de 14 de junio, FJ 2; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 3, y 130/2001, de 4 de junio, FJ 3).»

(STC 165/2005, de 20 de junio. Recursos de amparo 3825/2002 y 3866/2002, acumulados. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 21 de julio de 2005.)

Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

«Como se afirmó en la STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5, acogiendo la doctrina expresada en la precedente STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6, “el silencio constituye una posible estrategia defensiva del imputado o de quien pueda serlo, o puede garantizar la futura elección de dicha estrategia” y, por otra parte, su declaración, “a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa. En cuanto tal, 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”, de tal forma que “los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses,

sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”. Por consiguiente, y aunque es cierto que en alguna ocasión este Tribunal ha reputado lógico, racional y ajustado a las normas de la experiencia, deducir de la conducta pasiva del imputado un indicio de culpabilidad (vide la STC 202/2000, de 24 de julio, FJ 5, si bien ha de subrayarse que en el supuesto allí examinado la condena se asentó en otras pruebas de cargo válidas), tal deducción ha de realizarse, en circunstancias muy singulares, en el marco de una convicción alcanzada al valorar el conjunto de los elementos de prueba disponibles.»

(STC 61/2005, de 14 de marzo. Recurso de amparo 6364/2002. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 19 de abril de 2005.)

Derecho a ser informado de la acusación

«Ciertamente la alteración esencial de los hechos de la condena en relación a los hechos por los que inicial o finalmente se acusa bien puede revelar una pérdida de imparcialidad del juez, bien una situación de indefensión o de menoscabo relevante del derecho de defensa, bien una quiebra del derecho a ser informado de la acusación, sea porque se informa de la acusación final en un momento tardío que impide su cabal contradicción, sea porque la condena se refiera a hechos distintos a los conocidos como objeto de acusación. Estas dos últimas consecuencias posibles de la alteración fáctica, la indefensión y la desinformación, están estrechamente interrelacionadas, ya que la ilustración precisa de la acusación sirve ante todo a la defensa del acusado.

Pues bien, a este respecto este Tribunal ha señalado que no toda variación del relato de hechos probados en relación con el relato de hechos atribuidos a los acusados por parte de la acusación está vedada al órgano judicial de enjuiciamiento, de modo que éste resulte estrictamente constreñido a asumir o no el relato de la acusación en todo o en parte, pero sin posibilidad de matizar o precisar dicho relato. Los derechos a la defensa y a ser informado de la acusación exigen que no se alteren los aspectos esenciales de tal relato con la inclusión de datos nuevos que no hayan sido objeto de debate y de discusión en el juicio y de los que, por lo tanto, no quepa afirmar que se dio oportunidad plena de contradicción. De tal oportunidad debe calificarse la que ofrece a la defensa la regulación del procedimiento ordinario para suspender el juicio en caso de alteración sustancial del mismo (art. 746.6 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim), y también la que ofrece el procedimiento abreviado para solicitar un aplazamiento del juicio oral para “preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes” cuando la acusación quede modificada en el escrito de conclusiones definitivas de un modo peyorativo para los intereses del acusado (art. 788.4 LECrim). De este modo, si ante una modificación *in peius* la defensa permanece pasiva no concurrirá otra indefensión que la que se debe a su propia negligencia procesal (SSTC 20/2003, de 10 de febrero, FJ 3; 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4, y 40/2004, de 22 de marzo, FJ 2).

Así, en relación con la necesidad de que la variación de los hechos tenga un carácter esencial para poder apreciar una vulneración constitucional, hemos afirmado que ninguna “se habrá producido si las modificaciones efectuadas –sean efectuadas por el órgano judicial en la sentencia respecto de las calificaciones definitivas, o por las partes acusadoras respecto de las presentadas con carácter provisional– no son esenciales respecto de la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena. En consecuencia, la existencia de diferencias sobre elementos inesenciales del hecho

constitutivo de delito entre las calificaciones provisionales y las definitivas, o entre éstas y la declaración de hechos probados, no suponen ni la actuación parcial del órgano judicial, ni una condena sin acusación, ni, por ende, la vulneración del derecho de defensa” (STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4, con cita, entre otras, de las SSTC 87/2001, de 2 de abril, FJ 6, y 174/2001, de 26 de julio, FJ 5). Así también, en relación con la vinculación del derecho de defensa a la realidad del debate procesal, hemos subrayado que “para que la posible vulneración del principio acusatorio adquiriera relevancia constitucional ‘no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, es decir el ajuste exacto y estricto entre los hechos constitutivos de la pretensión penal y los hechos declarados probados por el órgano judicial, sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa, lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación’ (STC 278/2000, de 27 de diciembre, FJ 18 y, citándola, STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 3)” (STC 189/2003, de 27 de octubre, FJ 3). Consecuentemente, en fin, si bien es cierto que respecto a los hechos el juez queda condicionado por los “que han sido objeto de acusación, de modo que el órgano judicial, en última instancia, no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación”, también lo es que “este condicionamiento fáctico no implica que el juzgador no tenga autonomía suficiente para redactar los hechos conforme a su libre apreciación de la prueba, incluyendo aspectos circunstanciales que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal” (STC 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5).

(STC 145/2005, de 6 de junio. Recurso de amparo 6551/2001. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 8 de julio de 2005.)

Derecho a un Juez imparcial

«a) Este Tribunal ha reiterado –recordábamos en la citada Sentencia– que la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde una perspectiva objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el *thema decidendi*. Se ha puntualizado, no obstante, que lo determinante y decisivo es que las razones del acusado para dudar de la imparcialidad judicial estén objetivamente justificadas, lo que no se produce por el simple hecho de que el Juez haya tenido una participación en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo, siendo necesario valorar las circunstancias de cada caso concreto.

La determinación de cuáles son las circunstancias específicas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la

comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado centra sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo. Y ello porque la imparcialidad trata de garantizar también que el juzgador se mantenga ajeno, específicamente, a la labor de incriminación o inculpación del acusado, aun cuando ésta sea sólo indiciaria y provisional (fundamento jurídico 3 y doctrina jurisprudencial allí citada).

b) En diferentes ocasiones este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la relevancia e incidencia que los juicios provisionales de inculpación o imputación tienen sobre la imparcialidad judicial. En concreto, por lo que refiere a supuestos en que, como ocurre en el presente recurso de amparo, las dudas respecto a la imparcialidad se fundamentan en la revocación de una decisión de archivo por parte del órgano de revisión, dijimos también en aquella Sentencia que tal circunstancia fue motivo para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declarara la vulneración del derecho cuya observancia está reclamando nuestra atención (STEDH de 23 de mayo de 1991, caso *Oberschlick c. Austria*). Ahora bien, este Tribunal ha desestimado que se produzca tal vulneración en el caso de la decisión de levantar el sobreseimiento y ordenar proseguir un procedimiento penal, al entender que tal resolución no incluye necesariamente una imputación que tenga que transformarse luego en juicio de culpabilidad, y asimismo ha rechazado la existencia de vulneración del derecho al Juez imparcial en supuestos que se limitan a abordar aspectos puramente formales del desarrollo de la instrucción y al análisis de cuestiones absolutamente abstractas y generales sobre la eventual concurrencia de una cuestión previa de legalidad administrativa, sin ninguna relación con las circunstancias fácticas de la presunta infracción cometida, ni con la participación en los hechos del inculpado.

De todo ello puede concluirse –continúa la citada STC 39/2004, de 22 de marzo– que, por lo que interesa a los efectos de resolver el caso ahora planteado, deben considerarse objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial y, por tanto, vulnerado el derecho al juez imparcial, cuando la decisión en revisión de dejar sin efecto un sobreseimiento o un archivo adoptada por un órgano jurisdiccional que posteriormente conoce de la causa se fundamenta en valoraciones que, aun cuando provisionales, resulten sustancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, exteriorizando, de este modo, un pronunciamiento anticipado al respecto (fundamento jurídico 4).»

(STC 41/2005, de 28 de febrero. Recurso de amparo 4468/2002. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 5 de abril de 2005.)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Sentencia votada por Juez o Magistrado que no asistió a la vista de un recurso de apelación exclusivamente oral con acta sucinta

«El criterio seguido por el Tribunal Constitucional, cuando lo que se denuncia es la indefensión provocada por la quiebra de la garantía de inmediación del órgano judicial que dicta Sentencia, debida al cambio o sustitución de los Jueces o Magistrados encargados de la resolución del proceso, ha sido el de valorar, a la luz de la doctrina de la indefensión material constitucionalmente relevante, la presencia en las actuaciones de medios objetivos de conocimiento que permitan emitir un juicio fundado (con conocimiento de causa) a quien tiene encomendado el enjuiciamiento del caso sometido a su consideración.

En un supuesto que guarda identidad de sentido con el ahora enjuiciado, en el que se denunciaba la misma lesión constitucional como consecuencia de haber dictado Sentencia en segunda instancia un Juez diferente de aquél que presencié la vista de la apelación (STC 64/1993, de 1 de marzo, FJ 3, que recuerda doctrina anterior contenida en las SSTC 97/1987, de 10 de junio, y 55/1991, de 12 de marzo, citadas por la sociedad recurrente en su demanda), advertimos que “es básicamente esa restricción o no en el conocimiento, por parte del juzgador llamado a decidir sobre la causa, lo que determinará la relevancia de la queja; conocimiento que, según lo expuesto, se verá restringido en aquellos supuestos en que el principio de inmediación vaya unido a la naturaleza predominantemente oral de la actuación, pues en un proceso oral, tan sólo el órgano judicial que ha presenciado la aportación verbal del material de hecho y de derecho y, en su caso, de la ejecución de la prueba, está legitimado para dictar la Sentencia o, dicho en otras palabras, la oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial”.

La validez de esta doctrina, que enlaza con el contenido medular del derecho fundamental a una efectiva tutela judicial, no se ciñe exclusivamente al ámbito de los órganos judiciales unipersonales (en el que se sitúan los casos enjuiciados en las Sentencias anteriormente citadas), sino que es igualmente predicable de los órganos judiciales de conformación pluripersonal (como sucede en el caso ahora enjuiciado). En éstos la resolución adoptada es el resultado de un proceso de deliberación y votación por el conjunto de los miembros que integran el órgano colegiado, situados en una posición de igualdad en el ejercicio colegiado de su potestad jurisdiccional, que exige de todos y cada uno de sus miembros (no sólo de una parte) un conocimiento suficiente de lo actuado y de los términos que enmarcan el debate procesal, para que pueda formarse válidamente la voluntad del órgano. No es admisible, desde la perspectiva del derecho fundamental ahora considerado y de las garantías procesales que lo encarnan, el ejercicio de la función jurisdiccional por quien no está en disposición de emitir un juicio con suficiente conocimiento de lo actuado y sustanciado en el procedimiento, al no haber tenido acceso a los medios de conocimiento que la propia tramitación del proceso ofrece, y ello con independencia de que otro u otros miembros integrantes del órgano juzgador hayan tenido efectivo y directo conocimiento de lo actuado, pues constituye una garantía constitucional del proceso la exigencia de que el órgano judicial que debe decidir un pleito tenga conocimiento directo de las alegaciones y pruebas practicadas en aquél. No otro es el principio que sustenta la disciplina legal sobre el régimen de la vista, votación y fallo de los asuntos, que dispone los mecanismos para salvar la votación y fallo de la resolución en el caso de que con posterioridad al acto de celebración de la vista se imposibilitase algún Magistrado para asistir a la discusión y votación de la aludida resolución, permitiendo, en su caso, la incorporación a la Sala de otros Magistrados que sustituyan a los impedidos para dictar resolución, pero previa celebración de una nueva vista por la Sala así conformada (art. 258 Ley Orgánica del Poder Judicial; arts. 192 y 199.2 de la Ley de enjuiciamiento civil de 2000 y arts. 328 y 347 de la entonces vigente LEC 1881).»

(STC 215/2005, de 12 de septiembre. Recurso de amparo 3820/2000. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 14 de octubre de 2005.)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal. Condena en apelación con vista pública sin practicar pruebas

«A partir de nuestra ya consolidada doctrina jurisprudencial relativa a las garantías constitucionalmente imprescindibles para la valoración de las pruebas de carácter

personal en un procedimiento penal. Esta doctrina, que parte de la Sentencia de Pleno 167/2002, de 18 de septiembre, llega, por el momento, hasta las muy recientes SSTC 27/2005 y 31/2005, ambas de 14 de febrero, y 43/2005, de 28 de febrero, afirma que forma parte del derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que la valoración de las pruebas que consistan en un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen –sólo por el órgano judicial que asiste al testimonio– y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad. Esta exigencia de inmediación de la práctica de este tipo de pruebas respecto al órgano judicial que las valora perdería su finalidad de garantía de la defensa efectiva de las partes y de la corrección de la valoración si una instancia superior pudiera proceder a una nueva consideración de los testimonios vertidos en el juicio a partir de la fundamentación de la Sentencia recurrida o de la sola constancia documental que facilita el acta del mismo. En las palabras recientes de la STC 31/2005, de 14 de febrero, “la revocación en segunda instancia de una sentencia penal absolutoria y su sustitución por otra condenatoria, tras realizar una nueva valoración y ponderación de los testimonios de acusados y testigos en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la condena, requiere que esta nueva valoración de estos medios de prueba se efectúe con un examen directo y personal de los acusados y testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 200/2002, de 28 de octubre, FJ 6; 212/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 41/2003, de 27 de febrero, FJ 5; 68/2003, de 9 de abril, FJ 3; 118/2003, de 16 de junio, FJ 4; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 209/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; 4/2004, de 16 de enero, FJ 5; 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7; 12/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 28/2004, de 4 de marzo, FJ 6; 40/2004, de 22 de marzo, FJ 5, y 50/2004, de 30 de marzo, FJ 2, entre otras)” (FJ 2).

La valoración de pruebas personales sin la garantía de inmediación conllevará también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia en la medida en que ésta sólo puede ser enervada mediante pruebas practicadas con las suficientes garantías y en la medida en que la eliminación de la prueba personal practicada sin inmediación –con vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías– deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado. Esto sucederá, por supuesto, cuando la prueba personal eliminada sea la única tomada en cuenta por la resolución impugnada, pero también cuando, a partir de su propia motivación, se constate que dicha prueba era esencial para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que la inferencia de dicha conclusión deviene ilógica o inconcluyente a partir de los presupuestos de la propia Sentencia. Por el contrario, en los supuestos en los que la resolución impugnada no considere la prueba eliminada como única o esencial, no cabrá apreciar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ni declarar la nulidad definitiva de la sentencia condenatoria, sino únicamente, como exigencia del restablecimiento del derecho a un proceso con todas las garantías, “ordenar la retroacción de las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de dictar la Sentencia recurrida en amparo, a fin de que sea el órgano judicial competente quien decida si con las pruebas que subsisten en el proceso mantiene su conclusión condenatoria o, por el contrario, decide revisarla (SSTC 10/2004, de 9 de febrero, FJ 8, y 200/2004, de 15 de noviembre, FJ 4, por todas)” (STC 14/2005, de 31 de enero).»

(STC 105/2005, de 9 de mayo de 2005. Recurso de amparo 2175/2001. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 8 de junio de 2005. En el mismo sentido y «BOE», SSTC 111/2005, 112/2005, 113/2005, 116/2005 y 119/2005. Asimismo,

STC 78/2005, de 4 de abril de 2005. Recurso de amparo 6698/2002. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 10 de mayo de 2005. Y STC 130/2005, 23 de mayo. Recurso de amparo 3868/2001. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 22 de junio de 2005.)

«La STC 167/2002 declaró que existe vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías “al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción” (FJ 11). Lo cual se afirma en relación a las circunstancias de un caso respecto del que se destaca que debía “pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes de amparo, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba, quienes en el acto del juicio habían negado que se hubieran cometido los hechos de los que se les acusaba”.

(.../...)

En cambio no habrá de aplicarse dicha doctrina cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de las pruebas documentales. Tal como, en este sentido, pone de manifiesto la STC 40/2004, de 22 de marzo, FJ 5, “existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza, no precisan de inmediación”. De igual modo, y especialmente, tampoco cabrá afirmar una vulneración del artículo 24.2 CE cuando el fallo condenatorio no se fundamenta en una nueva valoración acerca de la credibilidad de las declaraciones testimoniales o del propio acusado, sino en una distinta calificación jurídica de los hechos declarados probados, tal como aconteció, por ejemplo, en el supuesto de la STC 170/2002, de 30 de septiembre. Esta conclusión es, por lo demás, plenamente conforme con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, la STEDH de 29 de octubre de 1991 (caso *Jan-Ake Andersson c. Suecia*), desestimó la demanda afirmando que, a diferencia del caso *Ekbatani*, en el que “para la Corte de apelación la cuestión crucial concernía a la credibilidad de las dos personas implicadas”, en la condena del recurrente, recaída en segunda instancia sin vista pública, “no se plantea ninguna cuestión de hecho o de derecho que no pueda resolverse adecuadamente sobre la base de los autos”, no teniendo por tanto protagonismo alguno la inmediación. Y de igual modo, por ejemplo, se ha manifestado la reciente STEDH de 5 de diciembre de 2002 en el asunto *Hoppe c. Alemania*, destacando que el artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos “no siempre implica un derecho a una audiencia pública, independientemente de la naturaleza de las cuestiones que se tienen que resolver”.»

(STC 168/2005, de 20 de junio de 2005. Recurso de amparo 784/2003. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 21 de julio de 2005. En el mismo sentido y «BOE», SSTC 162/2005, de 20 de junio y 170/2005, de 20 de junio).

«Por el contrario, existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza, no precisan de inmediación (SSTC 198/2002, de 28 de octubre, FJ 5; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 119/2005, de 9 de mayo, FJ 2; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, FJ 3, y 80/2003, de 10 de marzo, FJ 1).»

(STC 178/2005, de 4 de julio. Recurso de amparo 4982/2001. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 5 de agosto de 2005. En el mismo sentido, y en el mismo «BOE»: STC 178, 181, 185 y 186/2005. Y, asimismo, STC 59/2005, de 14 de

marzo. Recurso de amparo 5683/2001. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 19 de abril de 2005; y del mismo «BOE», STC 65/2005, de 14 de marzo).

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

«Para abordar la cuestión constitucional planteada hay que partir de un análisis de las líneas fundamentales de nuestra jurisprudencia sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). En primer lugar es preciso reconocer, en el marco de nuestro ordenamiento constitucional, el carácter autónomo del mismo respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE. De tal suerte que, si este último comprende esencialmente el acceso a la jurisdicción y, en su caso, la obtención de una decisión judicial motivada en Derecho (y, por ende, no arbitraria) sobre el fondo de las pretensiones deducidas, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas postula el establecimiento de un adecuado equilibrio entre 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, de un lado, y, de otro, la limitación del tiempo en el que dicha actividad judicial se desarrolle, que habrá de ser el más breve posible (así, STC 124/1999, de 28 de junio, FJ 2).

La consagración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no supone que haya sido constitucionalizado en nuestro Ordenamiento un derecho a los plazos procesales, sino que, en línea con lo previsto en el artículo 14.3.c) del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de 19 de diciembre de 1966, y en el artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos, de 4 de noviembre de 1950, lo que entiende nuestra jurisprudencia que implica tal derecho es que la tramitación de los procedimientos que se sigan ante los Tribunales de Justicia haya de desarrollarse en un “plazo razonable” (así, SSTC 160/2004, de 4 de octubre, FJ 3, y 177/2004, de 18 de octubre, FJ 2). Esta misma jurisprudencia destaca la doble faceta prestacional y reaccional del derecho. La primera, cuya relevancia fue resaltada en la STC 35/1994, de 31 de enero (FJ 2), 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 judiciales que quebranten la efectividad de la tutela” (SSTC 180/1996, de 12 de noviembre, FJ 4, y 10/1997, de 14 de enero, FJ 5). Por su parte la faceta reaccional actúa en el marco estricto del proceso, y se traduce en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de todo aquel en el que se incurra en dilaciones indebidas (SSTC 35/1994, de 31 de enero, FJ 2; 303/2000, de 11 de diciembre, FJ 4).

Ahora bien, como recuerda la STC 180/1996, de 12 de noviembre (FJ 4), la determinación de cuándo una dilación procesal es indebida en el sentido del artículo 24.2 CE representa una tarea que reviste una cierta complejidad, por cuanto no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental que estamos considerando.

Éste, como todo concepto jurídico indeterminado o abierto, ha de ser dotado de contenido concreto en cada supuesto mediante la aplicación a sus circunstancias específicas de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico. Así, son varios los criterios aplicados al objeto por este Tribunal, entre los que se encuentran, esencialmente, la complejidad del litigio, la duración normal de procesos similares, el comportamiento de los litigantes y el del órgano judicial actuante (STC 303/2000, de 11 de diciembre, FJ 4).

Además es doctrina reiterada de este Tribunal [basada en el requisito que impone el artículo 44.1.c) LOTC] que la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no puede plantearse directamente ante él sin haberla denunciado previamente ante el órgano judicial supuestamente causante de tales dilaciones. Esta exigencia, lejos de ser un mero formalismo, tiene por finalidad ofrecer a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional invocada, haciendo posible la reparación por la jurisdicción ordinaria de las vulneraciones del derecho constitucional poniendo remedio al retraso o a la paralización en la tramitación del proceso, con lo que se preserva el carácter subsidiario del recurso de amparo. De ahí que sólo en aquellos supuestos en los que, tras la denuncia del interesado, carga procesal que le viene impuesta como un deber de colaboración de las partes con los órganos judiciales en el desarrollo del proceso, éstos no hayan adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable podrá entenderse que la vulneración constitucional no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria, pudiendo entonces ser examinada por este Tribunal incluso aunque durante la tramitación del recurso de amparo hayan acordado los órganos judiciales las medidas procedentes para hacer cesar las dilaciones mediante el impulso procesal correspondiente. Esto es así por cuanto, si la inactividad judicial en que se sustenta la queja subsiste en la fecha de interponerse la demanda de amparo, aunque haya cesado posteriormente, no por ello debe apreciarse que ha quedado privado de objeto el proceso constitucional (SSTC 124/1999, de 28 de junio, FJ 1; 177/2004, de 18 de octubre, FJ 2, y 220/2004, de 29 de noviembre, FJ 5). Y es que, como ya se ha indicado, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas goza de autonomía respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, no satisfaciéndose por el hecho de que el órgano jurisdiccional dicte demoradamente una resolución fundada, suponiendo que ésta recaiga en un plazo razonable. De lo contrario, y según tiene declarado este Tribunal, “el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se vería en buena medida desprovisto del contenido que le es propio y no sería fácilmente reconocible, al quedar la existencia misma de la dilación indebida al albur de la actitud del órgano jurisdiccional ante el hecho exclusivo de la interposición del recurso de amparo, que, por su parte, podría correr el peligro de desnaturalizarse si se utilizara más como instrumento conminatorio sobre el órgano judicial que como medio reparador de las lesiones que padezcan los derechos fundamentales que la Constitución reconoce” (STC 10/1991, de 17 de enero, FJ 3).

Este Tribunal, en coincidencia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sintetizada en sus SSTEDH de 23 de septiembre de 1997, caso *Robins*, y de 21 de abril de 1988, caso *Estima Jorge*), tiene declarado que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es invocable en toda clase de procesos, si bien en el penal, en el que las dilaciones indebidas puedan constituir una suerte de *poena naturalis*, debe incrementarse el celo del juzgador a la hora de evitar su consumación (SSTC 109/1997, de 2 de junio, FJ 2; 78/1998, de 31 de marzo, FJ 3, y 177/2004, de 18 de octubre, FJ 2). En el proceso penal estas demoras tienen mayor incidencia que en otros órdenes jurisdiccionales, pues en él están en cuestión valores o derechos que reclaman tratamientos preferentes, entre ellos el derecho a la libertad personal.

En nuestra STC 36/1991, de 14 de febrero (FJ 6), ya se afirmaba que los derechos fundamentales que consagra el artículo 24 CE, entre los que se ha de incluir ahora específicamente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales. Esta conclusión se hacía con las debidas matizaciones y modificaciones en interés del menor (así, por ejemplo, en lo que respecta al principio de publicidad de los juicios) y luego de una interpretación, a la luz del artículo 10.2 CE, de los tratados y acuerdos internacionales

sobre la materia ratificados por España, en concreto el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y la Convención europea de derechos humanos, incorporados a nuestro Ordenamiento el 30 de abril de 1977 y el 10 de octubre de 1979, respectivamente, así como la Convención sobre los derechos del niño, incorporada el 31 de diciembre de 1990.

Esta última Convención, por lo que se refiere al derecho fundamental objeto del presente análisis, dispone en su artículo 40.2.b) iii) que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales se le ha de garantizar que “la causa será dirimida sin demora por una autoridad judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la Ley”.

Por otra parte las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia a menores, denominadas “Reglas de Beijing”, aprobadas por la Asamblea General de aquella organización internacional el 29 de noviembre de 1985, resaltan la necesidad de evitar los efectos perjudiciales que pudiera acarrear el sometimiento a un proceso penal a los menores, especificando que éstos han de estar amparados por las garantías procesales básicas y que respecto de ellos se utilizará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

La tardanza excesiva en la finalización de los procesos puede tener sobre el afectado unas consecuencias especialmente perjudiciales cuando se trata de un supuesto en el que se depura la eventual responsabilidad penal de un menor. La dimensión temporal merece una consideración diferente en la llamada justicia de menores. Y ello es así por cuanto que, si la respuesta de los órganos jurisdiccionales se demora en el tiempo, un postulado básico que ha de observarse en estos procedimientos, el superior interés del menor, queda violentado, así como distorsionada la finalidad educativa que los procesos de menores han de perseguir, además de verse frustrado también el interés global de la sociedad a la hora de sancionar las infracciones perseguidas. Por ello las medidas que se adoptan en el seno de estos procesos, que no pueden poseer un mero carácter represivo, sino que han de dictarse teniendo presente el interés del menor y estar orientadas hacia la efectiva reinserción de éste, pierden por el retraso del órgano judicial su pretendida eficacia, pudiendo llegar a ser, incluso, contrarias a la finalidad que están llamadas a perseguir.»

(STC 153/2005, de 6 de junio. Recurso de amparo 3802/2004. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 8 de julio de 2005.)

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

«Para abordar la cuestión suscitada bueno será recordar que, de acuerdo con doctrina constitucional consolidada (por todas STC 1/2004, de 14 de enero), para poder apreciar vulneración del derecho a la prueba venimos exigiendo, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que, habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido ésta practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos.

El punto de partida en el examen de la vulneración del derecho a la prueba ha de ser el reconocimiento de que el artículo 24.2 CE establece el derecho a utilizar los

medios de prueba pertinentes para la defensa, lo que implica, como hemos reiterado, que este derecho garantiza a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses (por todas, SSTC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3, y 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). Ahora bien, el alcance de esta garantía se encuentra delimitado por tres órdenes de consideraciones: en primer lugar, el propio tenor literal del artículo 24.2 CE; en segundo lugar, su carácter de derecho constitucional de configuración legal; y, por último, su carácter de derecho procedimental.

En cuanto al primer aspecto la propia formulación del artículo 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba “pertinentes”, implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tuvieran a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas que tengan una relación con el *thema decidendi* [por todas, SSTC 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 5; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2 a), y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2], ya que, como señaló muy tempranamente este Tribunal, la opinión contraria, no sólo iría contra el tenor literal del artículo 24.2 CE, sino que conduciría a que, a través de propuestas de pruebas numerosas e inútiles, se pudiera alargar indebidamente el proceso o se discutieran en él cuestiones ajenas a su finalidad (AATC 96/1981, de 30 de septiembre, FJ 2; 460/1983, de 13 de octubre, FJ 6, y 569/1983, de 23 de noviembre, FJ 6), vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en el artículo 24.2 CE (STC 17/1984, 7 de febrero, FJ 4).

En segundo término, tratándose de un derecho de configuración legal, la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido en el Ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio (SSTC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3, y 167/1988, de 27 de septiembre, FJ 2). En tal sentido es preciso, por un lado, desde la óptica de las partes procesales, que éstas hayan solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento (por todas SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2, y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2); y, por otro, situándonos en el plano de los órganos judiciales, que es a quienes compete la interpretación de las normas legales aplicables sobre la admisión y la práctica de los medios de prueba, que dichos órganos se pronuncien sobre su admisibilidad motivadamente sin incurrir en incongruencia, irrazonabilidad o arbitrariedad y que, en su caso, la falta de práctica de los medios de prueba admitidos no les sea imputable (por todas, SSTC 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 3; 70/2002, de 3 de abril, FJ 5; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2, y 78/2001, de 26 de marzo, FJ 3). Igualmente el rechazo motivado de los medios de prueba ha de producirse en el momento procesal oportuno (SSTC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 3; 164/1996, de 28 de octubre, FJ 2, y 89/1995, de 6 de junio, FJ 6), ya que la denegación tardía de la prueba se ha considerado que, *prima facie*, podría afectar al derecho en la medida en que existe el riesgo de “perjudicar dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos objeto del proceso –con la consiguiente subversión del juicio de pertinencia– o, incluso, de un prejuicio acerca de la cuestión de fondo en virtud de la denegación inmotivada de la actividad probatoria” (STC 96/2000, de 10 de abril, FJ 2).

Por último el alcance de esta garantía constitucional exige que, para apreciar su vulneración, quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante [por todas, STC 157/2000, de 12 de junio, FJ 2 c)]; ello se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada

era decisiva en términos de defensa (STC 147/2002, de 15 de julio, FJ 4), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 5) al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (STC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3). Teniendo en cuenta que la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo corresponde al recurrente alegar y fundamentar adecuadamente que la prueba en cuestión resulta determinante en términos de defensa, sin que la verificación de tal extremo pueda ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (por todas, SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 147/2002, de 15 de julio, FJ 4; 79/2002, de 8 de abril, FJ 3, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 5). De ese modo el recurrente ha de razonar en un doble sentido. Por un lado respecto de la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; de otro argumentando que la resolución final del proceso judicial podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien, por este motivo, busca amparo (por todas, SSTC 147/2002, de 15 de julio, FJ 4; 79/2002, de 8 de abril, FJ 3, y 165/2001, de 16 de julio, FJ 2)».

(STC 109/2005, 9 de mayo de 2005. Recurso de amparo 6089/2002. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 8 de junio de 2005. En el mismo sentido, STC 129/2005, de 23 de mayo. Recurso de amparo 1041/2001. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 22 de junio de 2005.)

Presunción de inocencia

«El examen de las cuestiones planteadas requiere traer a colación, aun sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal, reproducida recientemente en la STC 61/2005, de 14 de marzo, sobre el derecho a la presunción de inocencia y los requisitos constitucionalmente exigibles a la prueba de indicios para desvirtuar dicha presunción:

a) Como venimos afirmando desde la STC 31/1981, de 28 de julio, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. De modo que, como se declara en la STC 189/1998, de 28 de septiembre, “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 por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado” (FJ 2).

Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el artículo 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este Tribunal una tercera instancia. De este modo hemos declarado con especial contundencia

que el examen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de partir “de la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad. Ni la Constitución nos atribuye tales tareas, que no están incluidas en las de amparo del derecho a la presunción de inocencia, ni el proceso constitucional permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas”.

b) Por otro lado, según venimos sosteniendo desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) parta de hechos plenamente probados, y 2) que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la Sentencia condenatoria.

Como se dijo en la STC 135/2003, de 30 de junio, el control constitucional de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde del canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no lleva naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable, cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.»

(STC 137/2005, 23 de mayo. Recurso de amparo 7315/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 22 de junio. En el mismo sentido, STC 61/2005, de 14 de marzo. Recurso de amparo 6364/2002. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 19 de abril de 2005.)

a) Convendrá afirmar, en primer lugar, que “la presunción de inocencia opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable” (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2; también entre otras muchas SSTC 157/1998, de 13 de julio, FJ 2; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 17/2002, de 28 de enero, FJ 2, y 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3). Como regla presuntiva supone que “el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones” (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9).

b) Como hemos expresado en numerosas ocasiones, esta jurisdicción carece de competencia “para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad. Ni la Constitución nos atribuye tales tareas, ni el proceso constitucional permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria, ni prevé las garantías necesarias de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción que deben rodear dicho conocimiento para la adecuada valoración de las pruebas” (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2).

Sin embargo, la “imposibilidad legal y material de valorar los hechos no puede conducir a que el Tribunal Constitucional abdique de su función de protección del derecho fundamental a la presunción de inocencia, expresamente reconocido en el

artículo 24.2 CE” (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9). Dicha función en este ámbito consiste en supervisar que la actividad judicial se llevó a cabo con respeto a las reglas que forman el contenido de este derecho y que suponen, en primer lugar, desde un punto de vista subjetivo, que cuando el juez llegó a la conclusión fáctica que expresa lo hizo porque no albergaba al respecto duda razonable y, en segundo lugar, desde una perspectiva objetiva, que su convicción no resulta reprochable: que resulta razonable pensar que no albergaba dudas razonables. En relación con esta tarea de supervisión hemos de insistir una vez más en la “cautela extraordinaria” que ha de presidir nuestra labor, “pues son los órganos judiciales los únicos que tienen un conocimiento preciso y completo, y adquirido con suficientes garantías, del devenir y del contenido de la actividad probatoria; contenido que incluye factores derivados de la inmediatez que son difícilmente explicitables y, por ello, difícilmente accesibles a este Tribunal” (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3).

En los términos de la STC 268/2000, de 27 de noviembre, no se trata de que este Tribunal analice directamente si las pruebas conducen sin dudas razonables al relato de hechos probados, sino “la capacidad de las pruebas practicadas para generar en los juzgadores, más allá de toda duda razonable, la convicción sobre la concurrencia de los elementos del delito” (FJ 9). Desde este punto de partida “ha de admitirse que nuestra estimación del amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia comportaría la anulación de la declaración de culpabilidad y de la consiguiente Sentencia condenatoria; pero la conclusión inversa no es cierta: nuestra denegación del amparo no implicaría una confirmación de la culpabilidad declarada por los Tribunales ordinarios, sino sólo la constatación de que se han cumplido al dictar la condena aquellos requisitos que nuestra jurisdicción puede controlar de entre todos los que la Constitución exige” (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 7).

c) Así, la convicción del juez acerca de cómo sucedieron los hechos que incriminan al acusado no resultará constitucionalmente aceptable, en primer lugar, si el propio juez transmite sus dudas razonables en torno a dicho relato, pues la regla presuntiva que está en el núcleo del derecho y que le da denominación le impone en tales casos el abandono de tales hechos como punto de partida para la calificación jurídica. En segundo lugar, tampoco podrá aceptarse como válida, en cuanto objetivamente expresiva de una convicción judicial suficiente acerca de la acreditación de los hechos, la inferencia “falta de lógica o de coherencia. en el sentido de que los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él” (STC 189/1998, de 13 de julio, FJ 3; también, entre otras, STC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2).

d) Además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, este Tribunal ha considerado asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial. Como tales inferencias hemos catalogado las que son excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas; aquellas en las que caben “tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada” (STC 189/1998, de 13 de julio, FJ 3; además, entre otras, SSTC 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 9, y 135/2003, de 30 de junio, FJ 2). Un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios, “que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia” (STC 189/1998, de 13 de julio, FJ 3). En el análisis de razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probado hemos de precisar ahora que sólo podemos considerarla insuficiente desde las exigen-

cias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado desde una perspectiva objetiva y externa que la versión judicial de los hechos era más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas del canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente (“más allá de toda duda razonable”), bien la convicción en sí.

Es precisamente este criterio el que nos ha llevado a considerar como no concluyente la inferencia que une “la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo” con su “especial destino a tal ejecución” (STC 105/1988, de 8 de junio); la que concluye la intervención de una persona en un hecho punible a partir únicamente de la apreciación de que tuvo la ocasión de cometerlo o de que estaba en posesión de medios aptos para su comisión o por simples sospechas o conjeturas (STC 283/1994, de 24 de octubre); la que une la sola posesión de unos pájaros con el robo con escalamiento de los mismos (STC 24/1997, de 11 de febrero) o la sola titularidad de una embarcación utilizada para una conducta ilegal de pesca con la autoría de dicha conducta (STC 45/1997, de 11 de marzo); la que concluye la participación del acusado en una operación de tráfico de drogas a partir del único dato del acompañamiento al aeropuerto de quien iba allí a recoger la droga (STC 157/1998, de 13 de julio); o la que infiere la participación en el robo de un vehículo de su mera presencia en el mismo (STC 17/2002, de 28 de enero).»

(STC 145/2005, de 6 de junio. Recurso de amparo 6551/2001. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. «BOE» 8 de julio de 2005.)

«Por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril FJ 2, y 45/1997, de 11 de marzo, FJ 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que “entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una procesal, que consiste en desplazar el *onus probandi* con otros efectos añadidos”. En tal sentido ya hemos dicho –se continúa afirmando la mencionada Sentencia– que la presunción de inocencia comporta en el orden penal *stricto sensu* cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones *mutatis mutandi* por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculcado una *probatio diabolica* de los hechos negativos. Por otra parte la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculcado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 2, y 45/1997, de 11 de marzo, FJ 4).

De otra parte hemos mantenido que el derecho a la presunción de inocencia, incluso en el ámbito del derecho administrativo sancionador (SSTC 45/1997, de 11 de marzo, y 237/2002, de 9 de diciembre, FJ 2), no se opone a que la convicción del órgano sancionador se logre a través de la denominada prueba indiciaria, declaración parecida a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que también ha sostenido que no se opone al contenido del artículo 6.2 del Convenio la utilización de la denominada prueba de indicios (STEDH de 25 de septiembre de 1992, caso *Phan Hoang c. Francia*, § 33; de 20 de marzo de 2001, caso *Telfner c. Austria*, § 5). Mas cuando se trata de la denominada prueba de indicios la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia, pues en estos casos es imprescindible acreditar no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. En suma, ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común. Es esa, como hemos dicho, la única manera de distinguir la verdadera prueba de indicios de las meras sospechas o conjeturas, debiendo estar asentado el engarce lógico en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes” (SSTC 45/1997, de 11 de marzo, FJ 5; 237/2002, de 9 de diciembre, FJ 2; 135/2003, de 30 de junio, FJ 2, por todas).

Nuestro control de 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 ha afirmado que ha de ser esencialmente cauteloso, por cuanto son los órganos sancionadores los únicos que tiene un conocimiento preciso, completo y adquirido con todas las garantías de la actividad probatoria. Por ello hemos afirmado 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” (STC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2, por todas).»

(STC 172/2005, de 20 de junio. Recurso de amparo 1845/2004. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 21 de julio de 2005)

Presunción de inocencia. Motivación de las resoluciones

«En cuanto a la exigencia de motivación—que es una de las cuestiones centrales en el presente procedimiento— hemos destacado que, más allá de la obligación que el artículo 120.3 CE impone con carácter general a los órganos judiciales al dictar sentencia y de las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en el caso de las sentencias penales condenatorias, al verse implicados el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal, se hace imprescindible “una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica” (STC 5/2000, de 17 de enero, FJ 2, y, reproduciéndola, STC 249/2000, FJ 3). O, en palabras de la STC 139/2000, de 29 de mayo, “los Tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia” (FJ 4).

“La total ausencia de fundamentación del relato fáctico afecta al derecho a la presunción de inocencia (SSTC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 7; 175/1985, de 17 de diciembre, FJ 5; 107/1989, de 8 de junio, FJ 2; 229/1988, de 1 de diciembre, FJ 2, y 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 91/1999, de 26 de mayo, FJ 3; 111/1999, de 14 de junio, FJ 2, y 120/1999, de 28 de junio, FJ 3), por cuanto la explicitación de la prueba que puede sustentar los hechos declarados probados y, consecuentemente, la condena penal, constituye un factor relevante no sólo de la posibilidad efectiva de revisar la apreciación de la prueba por un tribunal superior que tenga atribuidas funciones al efecto, sino también de que este Tribunal pueda efectuar un control sobre la existencia o inexistencia de prueba de cargo; es decir, un control de la virtualidad incriminatoria de las pruebas practicadas, que exige la razonabilidad y mínima consistencia de las inferencias o deducciones realizadas por los tribunales ordinarios para considerar acreditados los hechos incriminadores del finalmente condenado” (STC 5/2000, de 17 de enero, FJ 2, y, citándola, SSTC 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3, y 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3).»

(STC 143/2005, de 6 de junio. Recurso de amparo 6291/2001. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 8 de julio de 2005).

Presunción de inocencia. Pruebas de cargo válidas

«Procede ante todo recordar la reiterada doctrina de este Tribunal, consolidada desde la STC 31/1981, de 28 de julio, según la cual únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal, en el momento de dictar Sentencia, las practicadas en el acto del juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad de armas, contradicción, inmediación y publicidad, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolle 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. Según esa misma doctrina las diligencias sumariales, por el contrario, son meros actos de investigación, encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente, que no constituyen por sí mismos auténticas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuida al juzgador.

Bien es cierto que, como también ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en múltiples ocasiones, esta doctrina general tiene como excepciones los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con la estricta observancia de los siguientes requisitos: *a)* material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; *b)* subjetivo: que sean intervenidos por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de Instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; *c)* objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; *d)* formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público

mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 36/1995, de 6 de febrero, FJ 2; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 2; 115/1998, de 1 de junio, FJ 2; 97/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 141/2001, de 18 de junio, FJ 4; 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4, y 12/2002, de 28 de enero, FJ 4).

Procede asimismo recordar que este Tribunal tiene señalado que, si bien, como ha quedado dicho anteriormente, en principio la prueba testifical debe practicarse en el juicio oral, pues de sus propias características no deriva, ni su carácter irrepetible, ni su imposibilidad genérica de ser practicada en el mismo, no obstante, excepcionalmente, puede ser incorporada al proceso como prueba anticipada si, dadas las circunstancias del caso, existe una imposibilidad real de que sea practicada en el juicio oral; así, por ejemplo, en los supuestos de imposibilidad del testigo de acudir al juicio oral por fallecimiento (SSTC 10/1992, de 10 de enero, FJ 4; 41/1991, de 25 de febrero, y 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4). Más concretamente, este Tribunal ha declarado que, aun cuando la residencia fuera del territorio nacional constituye una dificultad para la comparecencia en el juicio, no puede ser equiparada con “la imposibilidad de citación o de articular fórmulas para trasladar directamente al proceso las declaraciones de la víctima del delito” (SSTC 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3, y 209/2001, de 22 de octubre, FJ 5).

Finalmente no ha de olvidarse la garantía de contradicción que, conforme también ha quedado expuesto anteriormente, exige este Tribunal para que pueda otorgarse a las declaraciones inculpativas de naturaleza sumarial la categoría de prueba preconstituída, reproducible en el acto del juicio; ni que la ausencia de dicha garantía constituye un vicio de origen que impide aceptar como prueba de cargo la lectura en dicho acto de tales declaraciones (SSTC 40/1997, de 27 de febrero, FJ 5; 97/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 141/2001, de 18 de junio, FJ 5, y 12/2002, de 28 de enero, FJ 4). El rechazo de la virtualidad probatoria de las mismas, que tiene su fundamento directo en la interdicción de indefensión del artículo 24.1 CE, viene corroborado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, por lo establecido en el artículo 6.3 d) del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, que reconoce a todo acusado el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, habiendo señalado al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una interpretación conjunta de este derecho con la exigencia de que el proceso penal se realice públicamente (art. 6.1 CEDH) que, por regla general, estos derechos imponen acordar para el acusado una ocasión adecuada y suficiente para contestar un testimonio de cargo y para interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, asunto *Kostovski*; de 27 de septiembre de 1990, asunto *Windisch*; de 19 de diciembre de 1990, asunto *Delta*; de 19 de febrero de 1991, asunto *Isgró*; de 26 de abril de 1991, asunto *Asch*; de 28 de agosto de 1992, asunto *Artner*; de 20 de septiembre de 1993, asunto *Saïdi*). Como el mencionado Tribunal ha declarado más recientemente (STEDH de 27 de febrero de 2001, asunto *Luca*), “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario” (vide a este respecto, por todas, SSTC 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4, y 94/2002, de 22 de abril, FJ 3). De igual manera la STEDH de 22 de julio de 2003, Gabarri Moreno contra España.»

(STC 148/2005, de 6 de junio. Recurso de amparo 6498/2002. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 8 de julio de 2005.)

Presunción de inocencia. Valor probatorio de las declaraciones de coimputado

«Es jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal, en cuanto a la aptitud o suficiencia de las declaraciones de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, que si bien su valoración es legítima desde la perspectiva constitucional, dado su carácter testimonial, carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas, y que la exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: por una parte, que no ha de ser plena, sino mínima, y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Debe añadirse que la corroboración mínima resultante exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados, y 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 (entre las últimas, SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2, o 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2).

Igualmente se ha destacado, por un lado, que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado (por todas, SSTC 65/2003, de 7 de abril, FJ 5, o 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 3), y, por otro, que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4, y 65/2003, de 7 de abril, FJ 6).

(.../...)

Este Tribunal ya ha reiterado, con carácter general, que la futilidad del relato alternativo del acusado, aunque no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, sí puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales inferir la culpabilidad, tanto en relación con supuestos de pruebas de indicios (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 15, y 135/2003, de 30 de junio, FJ 3), como haciéndolo extensivo a los supuestos de corroboración de las declaraciones de coimputados (STC 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 6). Sin embargo, como ya ha sido señalado con anterioridad, en los supuestos de declaraciones de coimputados el elemento de corroboración mínimo lo ha de ser en relación no con cualquier tipo de afirmación contenida en las mismas, sino con la concreta participación del acusado en los hechos que se le imputan.»

(STC 55/2005, de 14 de marzo. Recurso de amparo 365/2001. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» del 19 de abril de 2005. En el mismo sentido, STC 165/2005, de 20 de junio de 2005. Recursos de amparo 3825/2002 y 3866/2002, acumulados. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 21 de julio de 2005.)

ARTÍCULO 25.1

Derecho a la legalidad penal. Fraude de ley tributaria

«Con carácter previo a dicha determinación, conviene indicar que el concepto de fraude de ley tributaria no difiere del concepto de fraude de ley ofrecido por el artículo 6.4 del Código Civil, a cuyo tenor “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. Como ya dijimos en la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 8, “el fraude de ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico”, y no exclusivamente en el ámbito civil. El concepto de fraude de ley es, pues, siempre el mismo, variando únicamente, en función de cuál sea la rama jurídica en la que se produce, las llamadas, respectivamente, “norma de cobertura” y “norma defraudada” o eludida, así como la naturaleza de la actuación por la que se provoca artificialmente la aplicación de la primera de dichas normas no obstante ser aplicable la segunda.

Sentado lo anterior, procede asimismo señalar que el concepto de fraude de ley (tributaria o de otra naturaleza) nada tiene que ver con los conceptos de fraude o de defraudación propios del Derecho penal ni, en consecuencia, con los de simulación o engaño que les son característicos. La utilización del término “fraude” como acompañante a la expresión “de ley” acaso pueda inducir al error de confundirlos, pero en puridad de términos se trata de nociones esencialmente diversas. En el fraude de ley (tributaria o no) no hay ocultación fáctica sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de cobertura) previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable (norma principal). Por lo que se refiere en concreto al fraude de ley tributaria, semejante “rodeo” o “contorneo” legal se traduce en la realización de un comportamiento que persigue alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias, si bien utilizadas de una forma que no se corresponde con su espíritu. De manera que no existe simulación o falseamiento alguno de la base imponible, sino que, muy al contrario, la actuación llevada a cabo es transparente, por más que pueda calificarse de estratagema tendente a la reducción de la carga fiscal, y tampoco puede hablarse de una actuación que suponga una violación directa del ordenamiento jurídico que, por ello mismo, hubiera que calificar *per se* de infracción tributaria o de delito fiscal. Por ello mismo, la consecuencia que el artículo 6.4 del Código Civil contempla para el supuesto de actos realizados en fraude de ley es, simplemente, la aplicación a los mismos de la norma indebidamente relegada por medio de la creación artificiosa de una situación que encaja en la llamada “norma de cobertura”; o, dicho de otra manera, la vuelta a la normalidad jurídica, sin las ulteriores consecuencias sancionadoras que generalmente habrían de derivarse de una actuación ilegal

(.../...)

La configuración del fraude de ley tributaria como conducta punible a título de delito fiscal sería también lesiva del indicado derecho por aplicación del canon de examen utilizado por este Tribunal cuando se aducen vulneraciones del mismo por razón de las operaciones judiciales de subsunción de los hechos en las normas penales preexistentes. Recuérdese que el mencionado modelo de análisis nos ha conducido, en constante jurisprudencia, a apreciar lesionado el derecho a la legalidad penal

cuando tales operaciones obedezcan a una aplicación de la norma punitiva tan carente 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 el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4, y 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 11)” (STC 123/2001, de 4 de junio, FJ 11). Pues bien: a la vista de lo anteriormente expuesto respecto de la improcedencia de acudir a la figura del fraude de ley para proceder a una extensión de los tipos penales a supuestos no específicamente previstos en ellos, así como de que, si bien la atipicidad administrativa del fraude de ley tributaria no conduce necesariamente a su atipicidad penal, sí constituye, en cambio, un factor indicativo de esta última, ya que lo contrario representaría un hecho excepcional en la pauta general de relaciones de progresión cuantitativa entre la infracción tributaria y el delito fiscal, y habida cuenta también de la muy extendida opinión doctrinal acerca de la atipicidad penal de dicho comportamiento, cabe concluir que la exigencia de previsibilidad de una condena a título de delito fiscal no queda satisfecha en aquellos supuestos en que dicha condena venga fundamentada exclusivamente en un comportamiento calificable como fraude de ley tributaria.»

(STC 120/2005, de 10 de mayo. Recurso de amparo 5388/2002. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 8 de junio de 2005.)

Derecho a la legalidad penal. «Non bis in idem»

«Según una reiterada jurisprudencia constitucional, que tiene sus orígenes en nuestra STC 2/1981, de 30 de marzo, el principio *non bis in idem* tiene su anclaje constitucional en el artículo 25.1 CE, en la medida en que este precepto constitucionaliza el principio de legalidad en materia sancionatoria en su doble vertiente material (principio de tipicidad) y formal (principio de reserva de ley). Este principio, que constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro Derecho (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), ha sido reconocido expresamente también en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos, y en particular en el artículo 14.7 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU –hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante Instrumento publicado en el “BOE” núm. 103, de 30 de abril de 1977– y en el artículo 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales –que, aunque firmado por nuestro país, aun no ha sido objeto de ratificación–, protegiendo “al ciudadano, no sólo frente a la ulterior sanción –administrativa o penal–, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado –absolución o sanción– del mismo” (STC 2/2003, de 16 de enero, FFJJ 2 y 8).

El principio *non bis in idem* tiene, en otras palabras, una doble dimensión: a) la material o sustantiva, que impide sancionar al mismo sujeto “en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento”, y que “tiene como finalidad evitar una

reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3, y ATC 329/1995, de 11 de diciembre, FJ 2), 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” [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3.a), y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3], y b) la procesal o formal, que proscribire la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y que tiene como primera concreción “la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código penal” [SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3.c), y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3. SSTEDH de 29 de mayo de 2001, en el caso Franz Fischer contra Austria, y de 6 de junio de 2002, en el asunto Sallen contra Austria].

Aunque es cierto que este principio “ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos”, esto no significa, no obstante, “que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a órdenes jurídicos sancionadores diversos” (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3). Y es que en la medida en que el *ius puniendi* aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio *non bis in idem* opera, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal, para regir las relaciones entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador, pero también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente. En este último orden de ideas, y desde la perspectiva del Derecho positivo, tanto el artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, como el artículo 5.1 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, impiden que de nuevo se sancionen administrativamente hechos que ya hayan sido castigados en aplicación del ordenamiento jurídico administrativo, siempre que concurra la triple identidad referida. En efecto, el meritado precepto legal prevé que: “No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”; mientras que el artículo 5.1 del indicado texto reglamentario dispone, por su parte, que: “El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento”.

El principio *non bis in idem* despliega sus efectos tanto materiales como procesales cuando concurre una identidad de sujeto, hecho y fundamento, tal y como hemos venido afirmando en nuestra jurisprudencia y ha encontrado reflejo en el Derecho positivo, como lo demuestran los dos preceptos que acaba de transcribirse que aluden a la misma. En este orden de ideas, hemos indicado que “la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia

de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento” (SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5, y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3).

Este Tribunal ha abordado el juego del principio *non bis in idem* dentro de las llamadas relaciones de sujeción o de supremacía especial, afirmando que: “La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación vide, entre otras, SSTC 2/1987, 42/1987 y, más recientemente, STC 61/1990). Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección” (STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2). En base a tal doctrina, este Tribunal ha considerado, por ejemplo, en el ATC 141/2004, de 30 de abril, que no se producía una vulneración del principio *non bis in idem* en un supuesto en el que un Abogado había sido sancionado penal y disciplinariamente, porque el “genérico *ius puniendi* del Estado ha sido ejercido sobre el hoy demandante de amparo exclusivamente por los órganos jurisdiccionales penales”, y la sanción disciplinaria impuesta al mismo sujeto por los mismos hechos por el correspondiente Colegio de Abogados, en virtud de una Ley que ha delegado a estas corporaciones el ejercicio de la potestad disciplinaria en materias profesionales, tenía “un fundamento diverso del de las penas impuestas por aquellos órganos jurisdiccionales, fundamento el de aquella que se encuentra en la función de vigilar el ejercicio de la abogacía y velar porque dicha actividad profesional se adecue a los intereses de los ciudadanos”. Y es que, concluimos entonces, al no existir “la identidad de fundamento entre las sanciones penales y las colegiales infligidas al demandante no cabe aplicar la alegada interdicción de duplicidad de sanciones por los mismos hechos, condicionada, como hemos dicho, a que exista dicha identidad” (FJ 5).

La relación entre el principio *non bis in idem* y la agravante de reincidencia ha sido objeto, también, de un pronunciamiento de este Tribunal en la STC 150/1991, de 4 de julio, en la que afirmamos la compatibilidad de la agravación del castigo en caso de reiteración en la comisión de ilícitos con aquel principio constitucional, indicando, en concreto, que “del propio significado del *non bis in idem* se desprende que la agravante de reincidencia del artículo 10.15 [del Código Penal] no conculca dicho principio constitucional... con la apreciación [de la] agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados –art. 10.15 CP– y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior. En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al

delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera de círculo propio del principio *non bis in idem*” (FJ 9).

(.../...)

Entendimos en la STC 270/1994, de 17 de octubre, que había resultado vulnerado el principio *non bis in idem* por las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas en amparo al haber impuesto al recurrente la sanción extraordinaria de separación del servicio (art. 59.3 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas) sobre la base, no de la realización de unos nuevos hechos –que no tuvieron lugar–, sino en virtud de unos hechos que previamente habían sido castigados todos ellos mediante la imposición de sanciones por falta grave. Dichas sanciones por falta grave, cuya reiteración en el tiempo se castigaba, resolvimos entonces, “no podían, una vez impuestas y cumplidas, dar lugar a la estimación de un ilícito distinto y más grave que el sancionado en vía ordinaria, constituido exclusivamente por el ‘mal comportamiento’ del sujeto que la reiterada comisión de faltas graves de disciplina denotaba” (FJ 8). Y es que “para integrar ese mal comportamiento que se aduce como fundamento de la sanción extraordinaria, se tuvieron en cuenta, entre las ‘sanciones impuestas por falta grave’, la recaída en el expediente núm. 86/89 por causa, precisamente, de ‘hacer manifestaciones contrarias a la disciplina y efectuarlas a través de los medios de comunicación’, esto es, por exactamente la misma conducta que, junto a la existencia de tales sanciones impuestas por falta grave, se hizo valer para justificar la aplicación al recurrente del artículo 59.3 de la [Ley]. De suerte que un mismo hecho –la conducta sancionada en el expediente núm. 86/89– habría sido a un tiempo desvalorado como parte integrante del elemento ‘sanciones impuestas por falta grave’ y como elemento autónomo, lo que ya de por sí supone una evidente vulneración del principio *non bis in idem*, implícitamente consagrado en el art. 25.1 CE” (FJ 8).»

(STC 188/2005, de 7 de julio. Cuestión de inconstitucionalidad 2629/1996. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 5 de agosto de 2005.)

ARTÍCULO 119

Derecho a la asistencia jurídica gratuita

«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 con-

figuración 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).»

(STC 127/2005, de 23 de mayo. Recurso de amparo 6048/2000. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata. «BOE» de 22 de junio de 2005.)

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 50

Motivación de la pena de multa

«Por lo que se refiere a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales este Tribunal ha establecido un canon más riguroso cuando, tratándose de Sentencias penales condenatorias, 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 108/2001, de 23 de abril, FJ 3). También hemos afirmado que, en este tipo de Sentencias, el deber de motivación incluye la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, así como la pena finalmente impuesta, si bien hemos precisado que, en relación con este último extremo, “nuestro control se ciñe a examinar si la extensión de la pena impuesta resulta o no manifiestamente irrazonable o arbitraria”, siendo en principio “el margen de arbitrio judicial del que, en cada caso, goce el Juez para imponer la pena que corresponda al delito cometido, la medida de la motivación constitucionalmente exigible”.

(.../...)

El sistema de pena denominado de días-multa que, como ya hemos indicado en similares ocasiones (por todas: STC 108/2001, de 23 de abril, FJ 4), impone al Juez o Tribunal una doble valoración: por un lado ha de proceder a determinar la extensión temporal de la pena de multa, atendiendo básicamente para ello a la gravedad del delito cometido y a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, de acuerdo con las reglas previstas a este respecto en el propio Código Penal; por otro lado ha de establecer la cuantía de las cuotas diarias que corresponde satisfacer al condenado por cada período temporal, magnitud esta última que habrá de concretarse teniendo en cuenta exclusivamente “la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo” (art. 50.5 CP).»

(STC 108/2005, de 9 de mayo. Recurso de amparo 5181/2002. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 8 de junio de 2005.)

ARTÍCULO 132.2

Prescripción. Interrupción del plazo

«Como recordábamos, entre otras, en la STC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7, “la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es una cuestión de legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional” (en el mismo sentido: SSTC 152/1987, de 7 de octubre, 255/1988, de 21 de diciembre; 194/1990, de 29 de noviembre; 12/1991, de 28 de enero; 223/1991, de 25 de noviembre; 150/1993, de 3 de mayo; 381/1993, de 20 de diciembre, y 116/1997, de 23 de junio). Pero como también decíamos en ese mismo lugar, esta afirmación no puede, sin embargo, interpretarse “en el sentido de que cualquiera que sea la resolución judicial que en un proceso penal se adopte en materia de prescripción penal, la misma sería irrevisable a través del recurso de amparo por razón de la materia a que se refiere”, sino que, por el contrario, ha de concluirse que la aplicación de dicho instituto en el caso concreto “puede ser objeto de examen constitucional en sede de amparo” (en el mismo sentido: SSTC 64/2001, 65/2001, 66/2001, 68/2001, 69/2001 y 70/2001, todas ellas de 17 de marzo).

Esa posibilidad de revisión de la decisión judicial relativa a la prescripción que se afirmaba en la Sentencia del Pleno acabada de citar, y en las que la siguen, ciertamente contrasta con la postura anteriormente mantenida por este Tribunal en el sentido de declarar el carácter no revisable de las resoluciones de este tipo (entre otras, SSTC 152/1987, de 7 de octubre, FJ 3; 255/1988, de 21 de diciembre, FJ 2; 73/1989, de 20 de abril, FJ 2; 83/1989, de 10 de mayo, FJ 2; 157/1990, de 18 de octubre, FJ 5; 194/1990, de 29 de noviembre, FJ 7; 12/1991, de 28 de enero, FJ 2; 196/1991, de 17 de octubre, FJ 2; 223/1991, de 25 de noviembre, FJ 2; 150/1993, de 3 de mayo, FJ 3; 381/1993, de 20 de diciembre, FJ 1, y 116/1997, de 23 de junio, FJ 1), viniendo a demostrar la creciente sustantividad que el instituto de la prescripción penal ha ido cobrando en nuestra jurisprudencia en la línea marcada en las SSTC 83/1989, de 10 de mayo (FJ 2), y 157/1990, de 18 de octubre (FJ 2). Así, en el fundamento jurídico tercero de esta última resolución –dictada a raíz del planteamiento de dos cuestiones de inconstitucionalidad relativas al artículo 114.2 del Código Penal de 1973– ya señalábamos que “la prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal”; a lo que añadíamos que dicho instituto “en general, encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica”, si bien, por tratarse de una institución de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso *Stubbing*, § 46 y ss.), ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar –delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo– afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados.

El cuadro de análisis de nuestra doctrina se completa con las afirmaciones contenidas en la STC 12/1991, de 28 de enero, FJ 2, en la que nos planteamos la disyuntiva consistente en otorgar a la prescripción una naturaleza meramente procesal, “fundada en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca”, o una naturaleza sustan-

tiva o material, “fundada en principios de orden público, interés general o de política criminal que se reconducen al principio de necesidad de pena, insertado en el más amplio de intervención mínima del Estado en el ejercicio de su *ius puniendi*.”

Por lo que se refiere a la determinación del canon aplicable para proceder, en su caso, a la revisión de una decisión judicial apreciando o negando la existencia de prescripción, decíamos en la citada STC 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7, que “es el propio del artículo 24 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), canon éste reforzado por tratarse de supuestos en los que están en juego otros derechos fundamentales. ya que, 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”.

De acuerdo con nuestra doctrina la decisión judicial por la que se desestima una pretensión de prescripción del delito no puede, pues, limitarse a una simple verificación o cómputo del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo en cuestión, ni a un mero cotejo de ese lapso temporal con el plazo de prescripción legalmente establecido, sino que, al afectar a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca esta causa extintiva de la responsabilidad penal, debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución –que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanas-, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la *ratio legis* o fin de protección de dichas normas. De manera que no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica que sea respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal. Esta es la perspectiva desde la que habremos de examinar la motivación esgrimida por la Sentencia recurrida para revocar la conclusión alcanzada por la Sentencia de instancia de que el delito de alzamiento de bienes del que venían acusados los demandantes de amparo había prescrito.

Sentado lo precedente, el necesario examen de la adecuación de la resolución judicial recurrida a los fines en los que se inspira la existencia de la referida causa extintiva de la responsabilidad penal impone efectuar algunas precisiones acerca de su fundamento o razón de ser. Pues bien: dejando de lado otras explicaciones más complejas, salta a la vista que, lo que el establecimiento de un plazo temporal para que el Estado pueda proceder a perseguir los delitos persigue a su vez es que no se produzca una latencia *sine die* de la amenaza penal que genere inseguridad en los ciudadanos respecto del calendario de exigencia de responsabilidad por hechos cometidos en un pasado más o menos remoto; o, dicho en nuestras propias palabras, el plazo de prescripción “toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpaado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que

supone la virtual amenaza de una sanción penal” (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3). De manera que lo que la existencia de la prescripción del delito supone es que éste tiene un plazo de vida, pasado el cual se extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión. Pero también obedece a la propia esencia de la amenaza penal, que requiere ser actuada en forma seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención general y de prevención especial que se le atribuyen. Para lograr esa inmediatez no basta con la prohibición de dilaciones indebidas en el procedimiento sino que el legislador penal ha acudido a un instrumento más conminatorio, por el que se constriñe a los órganos judiciales a iniciar el procedimiento dentro de un término previa y legalmente acotado o a olvidarlo para siempre.

Los plazos de prescripción responden pues, esencialmente, a un deseo de aproximación del momento de la comisión del delito al momento de imposición de la pena legalmente prevista, dado que sólo así pueden satisfacerse adecuada y eficazmente las finalidades anteriormente mencionadas. Ni que decir tiene que ese deseo conlleva una incitación a los órganos judiciales y a los acusadores públicos y privados a actuar diligentemente a fin de no demorar el inicio de la persecución penal. La diligencia del Juez y de la parte acusadora es también, por consiguiente, una de las finalidades que con carácter inmediato persigue la prescripción penal, en el entendimiento de que toda negligencia de uno y otra conduce a favorecer al supuesto delincuente con la eventual impunidad de su conducta.

Esta voluntad claramente manifestada por el legislador penal de que el ejercicio del *ius puniendi* se constriña a un marco temporal preestablecido se vería contrariada de considerarse, como así lo ha hecho la Sentencia recurrida, que, para estimar interrumpido el plazo de prescripción en cada caso señalado, basta con la simple presentación de una denuncia o de una querrela sin necesidad de que para ello medie acto alguno de interposición judicial.

Semejante conclusión arranca de una interpretación de la norma actualmente contenida en el artículo 132.2 del Código Penal –y antes, en términos prácticamente idénticos, en el artículo 114.2 del Código Penal de 1973– que no se compadece con la esencia y fundamento de la prescripción penal ni, en consecuencia, satisface la exigencia constitucional anteriormente mencionada de que, en esta materia, toda decisión judicial adoptada manifieste un “nexo de coherencia” con la norma que le sirve de fundamento y con los fines que justifican la existencia de esta causa extintiva de la responsabilidad penal. Pues incluso si, a partir de un punto de vista estrictamente lingüístico, cupiera mantener –lo que ya de por sí resulta discutible, conforme se dirá más adelante– que el citado precepto, al establecer que la prescripción “se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena”, permite que dicho efecto interruptivo se produzca con la simple interposición de una denuncia o de una querrela, tal conclusión no resulta, por el contrario, sostenible desde el punto de vista axiológico que, conforme a la exigencia de aplicación del canon reforzado de motivación al que anteriormente nos hemos referido, ha de presidir nuestro examen de la interpretación judicial en cuestión.

Ello se hace, por lo demás, evidente a la vista de nuestra doctrina, ya que si, como hemos afirmado en anteriores ocasiones (STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3), la prescripción penal supone “una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi*” motivada por el mero transcurso de un período de tiempo más o menos dilatado, lógicamente sólo los órganos que en nombre del Estado ejercen la función de interpretar y aplicar las normas penales pueden hacerlo en los indicados plazos o, por el contra-

rio, dejar que transcurran sin haber emprendido actuación alguna, con la consiguiente imposibilidad de subsanar las consecuencias derivadas de tal omisión. Pero también constituye una derivación inmediata de la propia esencia del instituto de la prescripción penal como límite temporal externo al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, ya que dicha esencia determina que el plazo de prescripción del delito sea indisponible para las partes actuantes en un procedimiento penal, toda vez que lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito sino el delito mismo, lo que sólo puede suceder por intermedio de la persecución estatal, esto es, mediante la omisión, en el plazo que en cada caso venga legalmente establecido, del imprescindible acto de interposición judicial que supone trámite imprescindible para el ejercicio del *ius puniendi*. De manera que será únicamente el Juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el artículo 132.2 del Código Penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión.

Sólo esta interpretación resulta coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo—general y preventivo—especial de la pena, a los que cabría añadir la necesidad de que en todo momento el procedimiento penal aparezca rodeado de las garantías constitucionalmente exigibles, lo que únicamente ocurre a partir del momento en que interviene el órgano judicial tomando las riendas del proceso. Cualquier otra interpretación permanecería, por el contrario, anclada en el entendimiento de la prescripción penal como un instituto de naturaleza exclusivamente procesal e ignoraría, con ello, la esencia sustantiva del mismo como instrumento a través del cual se manifiesta la extensión temporal de la posibilidad de ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado.

La trascendencia de los valores constitucionales y de los bienes jurídicos puestos en juego cuando lo que se niega es que se haya producido la prescripción de los hechos delictivos enjuiciados impone, pues, una lectura teleológica del texto contenido en el artículo 132.2 CP que lo conecte a las finalidades que con esa norma se persiguen, finalidades que, conforme ha quedado expuesto, no son las estrictamente procesales de establecer los límites temporales de ejercicio de la acción penal por parte de los denunciantes o querellantes —lo que justificaría la consideración de que el plazo de prescripción de dicha acción se interrumpe en el mismo momento en que se produce la presentación de la denuncia o de la querrela— sino otras muy distintas, de naturaleza material, directamente derivadas de los fines legítimos de prevención general y especial que se concretan en las sanciones penales y que son los únicos que justifican el ejercicio del *ius puniendi*, así como de principios tan básicos del Derecho penal como los de intervención mínima y proporcionada a la gravedad de los hechos.

Dicho de otra manera: el establecimiento de un plazo de prescripción de los delitos y faltas no obedece a una voluntad de limitar temporalmente el ejercicio de la acción penal por denunciantes y querellantes (configuración procesal de la prescripción), sino a la voluntad inequívocamente expresada por el legislador penal de limitar temporalmente el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado en atención a la consideración de que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal (configuración material de la prescripción), dado que la imposición de una pena carecería de sentido por haberse ya perdido el recuerdo del delito por parte de la colectividad e incluso por parte de su autor, posiblemente transformado en otra persona.

Esta configuración material del instituto de la prescripción coincide, por lo demás, con la naturaleza de institución de orden público que le ha venido siendo reconocida por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de la que además deduce

que no debe procederse a efectuar interpretaciones restrictivas de los términos literales en que viene legalmente expresada (SSTS de 25 de abril de 1990, 15 de enero de 1992 y 10 de febrero de 1993, entre otras). Naturaleza y prohibición de interpretaciones restrictivas que quedarían contradichas si, en seguimiento de una interpretación del artículo 132.2 CP como la acogida por la Sentencia recurrida, se alcanzara la conclusión de que basta con la presentación de una denuncia o de una querrela para interrumpir el plazo de prescripción legalmente establecido, sin necesidad de que medie al respecto intervención judicial alguna. Pues si bien es cierto que los denunciantes o querellantes tienen un tiempo limitado para el ejercicio de su derecho a entablar la acción penal, y que ese plazo coincide con el establecido para el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, ello no debe hacer olvidar que los que están obligados a poner en marcha el instrumento penal en el indicado plazo son los órganos judiciales, pues sólo ellos son titulares del *ius puniendi* en representación del Estado (por todas, STC 115/2004, de 12 de julio, FJ 2). De manera que no puede considerarse razonable una interpretación del indicado precepto que deje la interrupción del plazo de prescripción exclusivamente en manos de aquéllos, sin requerir para ello actuación alguna de interposición judicial, con la perturbadora consecuencia, entre otras muchas posibles, de que, lejos de verse el Juez compelido al ejercicio del *ius puniendi* dentro del plazo legalmente establecido, goce de una ampliación extralegal de dicho plazo por virtud de la actuación de los denunciantes o querellantes al tener como efecto la interrupción del mismo que comience a correr de nuevo en su totalidad.

Esto último es precisamente lo que ha sucedido en el presente caso, al haber concluido el órgano judicial de apelación que los hechos enjuiciados no podían considerarse prescritos a la vista de que la querrela formulada contra los actores por la Agencia Tributaria fue presentada con anterioridad al vencimiento del plazo de prescripción legalmente establecido para el delito que se les imputaba, sin que el hecho de que no fuera admitida a trámite hasta pasados casi dos años después de su presentación tuviera para el Tribunal *ad quem* relevancia alguna a este respecto. Frente a ello aducen los recurrentes que la querrela en cuestión ciertamente fue presentada en plazo que todavía era hábil para ello, pero que, al estar dormitando durante casi dos años en el Juzgado sin que el Juez realizara actuación alguna de cara a promover la persecución del delito de alzamiento de bienes que constituía su objeto, dicho delito ha de considerarse prescrito y, por consiguiente, extinguida toda posibilidad de exigirles responsabilidad criminal por motivo de su supuesta participación en el mismo.

Planteada la cuestión en los indicados términos se hace evidente la irrazonabilidad a que se ve abocada la interpretación jurisprudencial de la expresión legal “cuando el procedimiento se dirija contra el culpable” anteriormente expuesta, ya que demuestra cómo, llevada a sus últimos extremos, conduce a tener que reconocer el efecto interruptivo de la prescripción de aquellas querellas y denuncias (incluso anónimas) que, presentadas dentro del plazo de prescripción, se hayan visto posteriormente olvidadas durante años (consciente o negligentemente) por sus propios impulsores o por los órganos judiciales, haciendo así ilusorios los plazos de prescripción legalmente establecidos, cuya verdadera esencia, como hemos dicho, no es de carácter procesal sino material, al afectar los mismos a derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, venir imbricados en la teoría de los fines de la pena y cumplir, entre otras funciones, la de garantizar la seguridad jurídica del justiciable que no puede ser sometido a un proceso penal más allá de un tiempo razonable.

El carácter ilusorio del plazo de prescripción legalmente establecido resultaría, en efecto, evidente en este caso de admitirse la interpretación seguida por el Tribunal *ad quem*, toda vez que, conforme a la misma, no habiéndose discutido en ningún

momento que la querrela presentada por la Agencia Tributaria hubiese sido formulada en tiempo todavía hábil para ello, dicha presentación tendría la virtualidad de abrir un nuevo plazo de prescripción por tiempo de otros cinco años, dentro del cual el órgano judicial podría resolver acerca de su admisión o inadmisión a trámite. La misma insatisfacción que provoca semejante conclusión pone de manifiesto no sólo su carácter de interpretación restrictiva *contra reo*, sino, esencialmente, su condición de interpretación incompatible con el fundamento y fines del instituto de la prescripción penal.

En consecuencia, de lo anteriormente expuesto hemos de concluir que la interpretación realizada por la Sentencia dictada en apelación de la norma contenida en el artículo 132.2 CP no satisface el canon de motivación reforzada exigible en toda decisión judicial acerca de si los hechos denunciados están o no prescritos, al oponerse al fundamento material de dicho instituto, ignorar la *ratio* que lo inspira y no resultar, por todo ello, coherente con el logro de los fines que con él se persiguen; lo que conlleva la afirmación de que dicha resolución ha vulnerado el derecho de los demandantes de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión al haber desestimado su pretensión de que el delito que se les imputaba se encontraba ya prescrito en función de una interpretación del mencionado precepto que no resulta congruente con el canon de razonabilidad argumental axiológicamente fundamentada que hemos establecido para las resoluciones de este tipo.

Esta conclusión acerca del carácter irrazonable de la interpretación en cuestión no se opone, por lo demás, a las alcanzadas en las SSTC 63/2001, 64/2001, 65/2001, 66/2001 y 70/2001, de 17 de marzo, ya que en ellas no tratábamos acerca del momento en que ha de considerarse interrumpido el plazo de prescripción de los delitos, ni nos pronunciábamos sobre la naturaleza de la actuación procesal requerida para ello, sino que nos limitábamos a afirmar, en lo que aquí interesa, que la norma aplicada, en este caso el artículo 114 CP 1973, al prever que la interrupción de la prescripción se producía desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, “exige indudablemente una conexión entre las actuaciones procesales y quien finalmente resulta condenado para dar por interrumpida la prescripción, aunque no especifica la calidad ni la intensidad de dicha conexión. La Sala Penal del Tribunal Supremo ha interpretado el texto de la ley considerando suficiente la conexión que se establece tras la admisión a trámite de la querrela dados los términos de la misma”; lo que inequívocamente suponía que el objeto de nuestro examen, en esos casos, eran unas resoluciones judiciales en las que, al haberse producido la admisión a trámite de la querrela todavía dentro de los márgenes temporales del plazo de prescripción legalmente establecido, no se planteaba la cuestión ahora examinada. Por el contrario la interpretación seguida por la Audiencia Provincial de Orense contradice abiertamente en varios puntos la doctrina sentada por este Tribunal respecto del efecto útil que, desde un punto de vista procedimental, cabe atribuir a la presentación de una denuncia o de una querrela por motivo de la supuesta comisión de un delito. A este respecto hemos de recordar, en primer lugar, que, conforme hemos reiterado en distintas ocasiones, quien ejercita la acción penal en forma de querrela no tiene un derecho incondicionado a la “apertura y plena sustanciación” del proceso penal, sino únicamente al dictado de una decisión motivada en la que se expresen las razones por las que el órgano judicial ha resuelto su admisión o inadmisión a trámite, sin que, por consiguiente, quede garantizado el éxito de la pretensión punitiva planteada por la parte acusadora y sin que el Estado, verdadero y único titular del *ius puniendi*, venga obligado a “imponer sanciones penales en todo caso, con independencia de que concurra o no alguna causa extintiva de la responsabilidad penal” (por todas, STC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4), toda vez que, como afirmábamos en ese mismo lugar, “en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación

del *ius puniendi*, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el derecho material a penar, de naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado”. Pues bien: de la misma manera tampoco puede confundirse el cumplimiento por la acusación del plazo que, en forma preclusiva, viene legalmente establecido para poder proceder a la persecución penal de un determinado delito, con el comportamiento activo exigible para que se manifieste la actuación procesal exigible de los órganos del Estado ordenada al ejercicio del *ius puniendi*.

Incluso pueden extraerse de nuestra jurisprudencia elementos suficientes para avalar la conclusión obtenida acerca de que, para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona, no basta con la simple interposición de una denuncia o querrela sino que se hace necesario que concurra un acto de intermediación judicial. Así, hemos calificado a dichas actuaciones de parte como meras solicitudes de “iniciación” del procedimiento penal (por todas, STC 11/1995, de 4 de julio, FJ 4), lo que implica que, en tanto no sean aceptadas, dicho procedimiento no puede considerarse “iniciado” ni, por consiguiente, “dirigido” contra persona alguna, interpretación esta que, por otra parte, se corresponde exactamente con lo dispuesto en los artículos 309 y 750 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), a cuyo tenor la dirección del procedimiento penal contra una persona corresponde en todo caso a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal.

De otra parte, la exigencia de interposición de una actuación judicial para entender interrumpido el plazo de prescripción del delito establecido en cada caso no puede considerarse lesiva del derecho de acción de los acusadores que, en cualquier caso, ha de ser preservado (STEDH de 22 de octubre de 1996, caso *Stubbings*, § 46 y ss.). Lo único que con ella se establece firmemente es la existencia de un único plazo, común a las partes acusadoras y al órgano judicial, para que dentro del mismo respectivamente insten la incoación del procedimiento penal y lo inicien, dirigiéndolo contra una persona determinada o determinable, y no, como sucede a modo de derivación inmediata de la interpretación seguida en este caso por la Audiencia Provincial de Orense, de una duplicidad de plazos: el que afectaría, hasta su término legal, a las partes acusadoras, y el iniciado *ex novo*, a partir de ese momento y en su integridad, para que el órgano judicial decida si da curso o no a las pretensiones punitivas de las acusaciones. Ello significa, ciertamente, que quien desee ejercer una acción penal no puede esperar hasta el último día del plazo de prescripción previsto para presentar la correspondiente querrela o denuncia, pues tal entendimiento supondría tanto como dejar a los órganos judiciales sin plazo útil para decidir y, en consecuencia, que necesariamente hubieran de decretar la prescripción de los hechos delictivos en su caso denunciados. Se impone así, pues, un cierto deber de diligencia a las partes. Pero también se le impone al Juez, al exigirle el dictado de una resolución favorable o desfavorable a dichas pretensiones en ese mismo plazo preclusivo, so pena de que, de no hacerlo, haya de declarar extinguida la responsabilidad penal del denunciado por motivo de prescripción, sin perjuicio de que, en su caso, hubiera de afrontar además las correspondientes responsabilidades penales, disciplinarias o meramente pecuniarias que pudieran derivarse de un retraso injustificado en la administración de justicia.

A partir de las anteriores premisas se hace evidente que, en el caso de autos, el plazo de prescripción legalmente establecido para el delito de alzamiento de bienes imputado a los demandantes de amparo se encontraba ya vencido en el momento en que, casi dos años más tarde, dicha querrela fue admitida a trámite por el Juzgado. Dejando ahora de lado la cuestión relativa a si tal demora fue o no imputable a una actuación negligente del Instructor o de la Agencia Tributaria, lo cierto es que carece de toda razonabilidad, en el sentido anteriormente apuntado, la extensión del plazo de

prescripción legalmente previsto para el delito de alzamiento de bienes de modo que alcance a cubrir demoras como la producida en este caso, con la consiguiente indefensión e inseguridad jurídica ocasionada a los querellados al no tener noticia alguna del “procedimiento” supuestamente seguido contra ellos. Por otra parte, si los plazos de prescripción de los delitos y de las penas son –como en forma unánime y constante admite la jurisprudencia– una cuestión de orden público, no estando por consiguiente a disposición de las partes acusadoras para que sean éstas quienes los modulen, tampoco resulta razonable concluir que la demora producida en la admisión a trámite de la querrela de referencia haya de surtir efectos desfavorables en la esfera de los derechos y garantías de los demandantes de amparo al haber alejado de ellos en el tiempo el conocimiento de los hechos que se les imputaban, con la consiguiente merma de sus posibilidades de defensa frente a tales imputaciones.»

(STC 63/2005, de 14 de marzo. Recurso de amparo 6819/2002. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 19 de abril de 2005.)

ARTÍCULO 379

Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas

«Este delito, tipificado en el artículo 379 CP, hemos declarado 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 sobre la conducción”, ya que “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 jurídico protegido por dicho delito. 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 esta 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 que realizar el juzgador, ponderando todos los medios de prueba obrantes en autos que reúnan dichas garantías” (STC 68/2004, de 19 de abril, FJ 2, y doctrina constitucional allí citada).»

(STC 137/2005, de 23 de mayo. Recurso de amparo 7315/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 22 de junio de 2005.)

ARTÍCULO 563

Delito de tenencia de armas prohibidas. Remisión a la normativa administrativa

«La segunda y principal pretensión del recurrente es la relativa a la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) derivada de la subsunción de los hechos

del presente caso en el artículo 563.1 CP, queja que ha de analizarse a la luz de la jurisprudencia acerca de la conformidad de este precepto con las exigencias derivadas del principio de legalidad, sentada en la reciente STC 24/2004, de 24 de febrero, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad sobre el mismo.

En esta Sentencia declaramos que resultaría inconstitucional una interpretación del primer inciso del artículo 563 CP en la que la vinculación del elemento normativo del precepto al Reglamento de armas fuera absoluta e incondicionada, de forma que cualquier arma prohibida en el mismo pasara a integrar el tipo delictivo, pues ello vulneraría la garantía esencial del principio de reserva de ley consagrado en el artículo 25.1 CE, además de plantear un problema de proporcionalidad de la sanción penal (FJ 5).

No obstante, señalábamos que ésta no era la única interpretación posible del precepto y que existía una interpretación del mismo conforme a la Constitución. “La interpretación constitucionalmente conforme ha de partir de que el artículo 563 CP en su primer inciso no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas. Tal reducción del tipo se alcanza, en primer lugar, en el plano de la interpretación literal o gramatical, a partir del concepto de armas, excluyendo del ámbito de lo punible todos aquellos instrumentos u objetos que no lo sean (aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida) y que no tengan inequívocamente tal carácter en el caso concreto. Y, según el Diccionario de la Real Academia, son armas aquellos ‘instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse’, por lo que en ningún caso será punible la tenencia de instrumentos que, aunque en abstracto y con carácter general puedan estar incluidos en los catálogos de prohibiciones administrativas, en el caso concreto no se configuren como instrumentos de ataque o defensa, sino otros, como el uso en actividades domésticas o profesionales o el coleccionismo.

En segundo lugar, y acudiendo ahora a los principios generales limitadores del ejercicio del *ius puniendi*, la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico (la seguridad ciudadana y mediatamente la vida y la integridad de las personas, como anteriormente señalamos) frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. Y además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección, por lo que en virtud del carácter de *ultima ratio* que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudir en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado.

La concreción de tales criterios generales nos permite efectuar nuevas restricciones del objeto de la prohibición, afirmando que la intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso, sin que corresponda a este Tribunal su especificación. Esta pauta interpretativa resulta acorde, por lo demás, con la línea que, generalmente, viene siguiendo el Tribunal Supremo en la aplicación del precepto en cuestión”.

Finalmente, en el fundamento jurídico 8 y recapitulando todo lo expuesto, establecíamos cuál es la interpretación del primer inciso del artículo 563 CP conforme a la cual el precepto es constitucional, a la que se remite el fallo: “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 concurra 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).

A través de esta interpretación restrictiva, el tipo resulta compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de las garantías formales y materiales inherentes al principio de reserva de ley, como desde la perspectiva de la proporcionalidad de la reacción penal; pues bien solamente así entendido el precepto puede ser declarado conforme a la Constitución. Todo ello sin perjuicio de dejar constancia de la conveniencia de que el legislador defina expresamente el tipo del artículo 563 CP con mayor precisión formal”.

(STC 51/2005, de 14 de marzo. Recurso de amparo 1686/2000. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 19 de abril de 2005.)

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 41

Objeto de la pretensión en la demanda de amparo

«Constituye doctrina constante de este Tribunal, recientemente reiterada en la STC 13/2005, de 31 de enero, que “es en la demanda de amparo donde queda fijado el objeto procesal, definiendo y delimitando la pretensión (SSTC 235/1994, de 20 de julio, FJ 1; 26/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 124/1999, de 28 de junio, FJ 1, y 205/1999, de 8 de noviembre, FJ 4), pues en ella ha de individualizarse el acto o la disposición cuya nulidad se pretenda, con indicación de la razón para pedirla o *causa petendi* (STC 185/1996, de 25 de noviembre, FJ 1), sin que sean viables las alteraciones introducidas con ulteriores alegaciones (SSTC 109/1997, de 2 de junio, FJ 1; 39/1999, de 22 de marzo, FJ 2), cuya *ratio* es completar y, en su caso, reforzar la fundamentación del recurso, mas no ampliarlo o variarlo sustancialmente (STC 85/1999, de 10 de mayo, FJ 2)”. Dicha doctrina aparece, sin embargo, atemperada por los pronunciamientos contenidos, entre otras resoluciones, en el ATC 336/1995, de 11 de diciem-

bre, en cuyo primer fundamento jurídico, tras declarar proscrita la posibilidad de ampliar la demanda “en trámite de alegaciones de admisión (art. 50.3 LOTC) o de Sentencia (art. 52 LOTC), o con posterioridad a las mismas, en virtud de la indefensión que podría generar en otros comparecientes en el proceso de amparo”, admitíamos que “menos nítida se perfila la respuesta a la ampliación referida a un momento previo”, en el que no entraría aún en consideración la necesidad de preservar las garantías procesales de las otras partes, debiendo entonces ponderarse, de una parte, el argumento a favor de permitir en tales casos la ampliación de la demanda de amparo representado por el principio *pro actione* con la necesidad, por otra parte, de mantener los plazos procesales, lo que nos ha conducido a adoptar a este respecto una solución restrictiva que exige, para que la referida ampliación resulte admisible, “la no variación del derecho fundamental invocado y que se trate de hechos sobrevenidos a la presentación de la demanda, íntimamente conexos a los anteriores, y no susceptibles de una nueva demanda y posterior petición de acumulación”.»

(STC 120/2005, de 10 de mayo. Recurso de amparo 5388/2002. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 8 de junio de 2005.)

ARTÍCULO 44.1.a)

Agotamiento de la vía judicial previa

«Es jurisprudencia constante de este Tribunal (por todas STC 79/2004, de 5 de mayo, FJ 2) que la exigencia de agotar la vía judicial procedente antes de acudir al recurso de amparo [art. 44.1.a) LOTC] no es, ciertamente, una mera formalidad, sino que constituye un elemento esencial en el sistema de articulación de la jurisdicción constitucional con la jurisdicción ordinaria. Ahora bien también hemos establecido que el carácter subsidiario del recurso de amparo 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 (STC 188/1990, de 26 de noviembre, FJ 3); esto es, cuando 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 (STC 211/1999, de 29 de noviembre, FJ 3), sin necesidad de efectuar complejos análisis jurídicos, puesto que no es exigible al ciudadano que supere dificultades de interpretación que excedan de lo razonable y, además, se requiere 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 (STC 172/1991, de 16 de septiembre, FJ 2).

La determinación de los supuestos en que cabe un recurso constituye, como regla general, una cuestión de legalidad que, en última instancia, debe ser resuelta por el Tribunal competente (por todas, STC 137/2004, de 13 de septiembre, FJ 2). No obstante, en la medida en que por determinación de su Ley Orgánica este Tribunal debe necesariamente ejercer un control sobre el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de las demandas de amparo y, más en concreto, sobre la necesidad de haber agotado la vía judicial previa, estamos obligados, al igual que en otras ocasiones, a efectuar un pronunciamiento *ad casum* sobre la necesidad o no de interponer recurso de casación contra la resolución que ahora se impugna (por todas, STC 229/1994, de 18 de julio, FJ 1), si bien nuestro control se debe limitar a examinar si el mencionado recurso era razonablemente exigible. Es decir, no se trata, tal como señalamos en la Sentencia 76/1998, de 31 de marzo (FJ 2), “de establecer con total precisión si

un recurso era o no procedente, sino de decidir si era razonablemente exigible su interposición, pues, como también hemos señalado, cuando la determinación del recurso procedente requiere un razonamiento excesivamente complejo no puede exigirse al ciudadano que supere esas dificultades de interpretación”.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta igualmente para el examen del óbice procesal que la indicación o advertencia sobre los recursos realizada por los órganos judiciales puede resultar errónea y, para este caso, dijimos en la STC 5/2001, de 15 de enero, FJ 2, que si la oficina judicial hubiera ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables o hubiera declarado firme, expresamente, la resolución y, por tanto, inimpugnable, en tal caso, el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender, por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueren ciertas y obrar en consecuencia, inducido así a error que, por tanto, sería excusable y no podría serle imputado, porque los errores de los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera del ciudadano.»

(STC 146/2005, de 6 de junio. Recurso de amparo 5266/2002. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. «BOE» de 8 de julio de 2005. En el mismo sentido, STC 103/2005, de 9 de mayo. Recurso de amparo 467/2001. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 8 de junio de 2005.)

Agotamiento de la vía judicial previa. Incidente de nulidad de actuaciones

«Pudiendo existir una duda razonablemente objetiva acerca de la idoneidad del incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 240.3 LOPJ con fundamento en la inobservancia de un traslado para alegaciones que no ha previsto expresamente el legislador, la falta de utilización de este remedio procesal no puede acarrear una consecuencia de tanta trascendencia como la inadmisión de la demanda de amparo por falta del agotamiento de la vía judicial previa exigido en el artículo 44.1.a) de la Ley Orgánica reguladora de este Tribunal. Según hemos afirmado en reiteradas ocasiones (por todas STC 159/2004, de 4 de octubre) los recursos de utilización previa obligada son sólo aquellos cuya procedencia se desprenda de modo claro y terminante del tenor de las previsiones legales y, además, que dada su naturaleza y finalidad sean adecuados para reparar la lesión presuntamente sufrida. De este modo, continuábamos diciendo en la aludida Sentencia (en la que además citábamos las SSTC 87/2002, de 22 de abril, FJ 2, y 87/2003, de 19 mayo, FJ 3), existiendo una duda fundada sobre la admisibilidad del incidente en casos como el ahora examinado no resulta razonable exigir al recurrente que afronte los riesgos de extemporaneidad que pudieran resultar de su inadmisión.»

(STC 46/2005, de 28 de febrero de 2005. Recurso de amparo 1952/2003. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 5 de abril de 2005)

ARTÍCULO 44.1c)

Invocación judicial previa del derecho fundamental vulnerado

«Como tiene declarado este Tribunal, los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan subsanados porque el recurso haya sido inicialmente admitido a trámite (SSTC 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, y 18/2002, de 28 de enero, FJ 3).

Al respecto ha de recordarse que, conforme a la doctrina reiterada de este Tribunal, el requisito exigido por el artículo 44.1.c) LOTC –requisito ineludible, también, en los recursos de amparo encuadrables en el art. 43 LOTC (SSTC 176/1987, de 10 de noviembre, FJ 3; 71/1989, de 20 de abril, FJ 2, y 170/1990, de 5 de noviembre, FJ 2)– no es un mero formalismo retórico o inútil, ni una fórmula inocua, pues tiene por finalidad, de un lado, que los órganos judiciales tengan la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional, haciendo posible el respeto y restablecimiento del derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria y, de otro, preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se plantearan cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos de la jurisdicción ordinaria correspondiente (SSTC 11/1982, de 29 de marzo, FJ 1; 75/1984, de 27 de junio, FJ 1; 46/1986, de 21 de abril, FJ 2; 203/1987, de 18 de diciembre, FJ 2; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 4; 97/1994, de 21 de marzo, FJ 3; 29/1996, de 26 de febrero, FJ 2, y 77/1999, de 26 de abril, FJ 2, entre otras muchas). No obstante, hemos señalado también que tal requisito ha de ser interpretado de manera flexible y con criterio finalista, atendiendo, más que al puro formalismo de la expresada invocación del precepto constitucional que se estime infringido, a la exposición de un marco de alegaciones que permita al Tribunal ordinario cumplir con su función de tutelar los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional y, en su caso, remediar la vulneración constitucional causada por él mismo o por el órgano inferior, al objeto de preservar el carácter subsidiario que ostenta el recurso de amparo constitucional (SSTC 11/1982, de 29 de marzo; 46/1983, de 27 de mayo; 75/1984, de 27 de junio; 30/1985, de 1 de marzo; 203/1988, de 2 de noviembre; 162/1990, de 22 de octubre; 115/1995, de 10 de julio; 182/1995, de 11 de diciembre; 116/1997, de 23 de junio, y 54/1998, de 16 de marzo, entre otras). En resumidas cuentas, no se requiere una especie de *editio actionis* (STC 69/1997, de 8 de abril, FJ 3), bastando para considerar cumplido el requisito con que de las alegaciones del recurrente pueda inferirse la lesión del derecho fundamental que luego se intente invocar en el recurso de amparo (STC 142/2000, de 29 de mayo, FJ 2), siempre que la queja haya quedado acotada en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre la misma (SSTC 75/1988, de 25 de abril, FJ 5; 29/1996, de 26 de febrero, FJ 2; 146/1998, de 30 de junio, FJ 4; 310/2000, de 28 de diciembre, FJ 2, y 14/2001, de 29 de enero, FJ 11).»

(STC 88/2005, de 18 de abril. Recurso de amparo 2044/2001. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 20 de mayo de 2005.)

ARTÍCULO 44.2

Plazo para la interposición de recuso de amparo. Suspensión del plazo por interposición de recursos

«Un recurso de amparo sólo puede ser tenido por extemporáneo cuando la parte haya hecho uso de un recurso judicial improcedente, y cuando, además, esta improcedencia sea manifiesta, ya que la razón de la 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 210/1998, de 27 de octubre, FJ 2; 132/1999, de 15 de julio, FJ 2, y 131/2004, de 19 de julio, FJ 2).»

(STC 85/2005, de 18 de abril. Recurso de amparo 3477/2000. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 20 de mayo de 2005.)

«A la vista de nuestra doctrina vertida en la STC 23/2005, de 14 de febrero, en la que se recuerda que el artículo 44.2 LOTC, que regula el recurso de amparo contra resoluciones de órganos judiciales, establece la exigencia de que el mismo se interponga dentro del plazo de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial. Según reiterada doctrina de este Tribunal, ese plazo es de caducidad, improrrogable y no susceptible de suspensión y, por consiguiente, de inexorable cumplimiento, que no consiente prolongación artificial ni puede quedar al arbitrio de las partes (por todas, SSTC 72/1991, de 8 de abril, FJ 2; 177/1995, de 11 de diciembre, FJ único; 201/1998, de 14 de octubre, FJ 3; 78/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 69/2003, de 9 de abril, FJ 2, y 185/2004, de 2 de noviembre, FJ 3).

En consecuencia, la fecha en la que ha de iniciarse el cómputo del plazo previsto en el artículo 44.2 LOTC es aquella en la que al demandante de amparo se le notifica o tiene conocimiento suficiente o fehaciente de la resolución que pone fin a la vía judicial previa, sin que puedan tomarse en consideración los recursos notoriamente inexistentes o inviables que se interpongan con posterioridad (SSTC 199/1993, de 14 de junio, FJ único; 338/1993, de 15 de noviembre, FJ 2; 12/2001, de 29 de enero, FJ 2; 122/2002, de 30 de mayo, FJ 2, y 189/2002, de 14 de octubre, FJ 4).

Ahora bien, hemos declarado reiteradamente que la armonización de las exigencias del principio de seguridad jurídica (art. 93 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) conducen a una aplicación restrictiva del concepto de recurso manifiestamente improcedente, concepto de recurso manifiestamente improcedente, limitándolo a los casos en que tal improcedencia derive de manera terminante, clara e inequívoca del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad. Debe tenerse en cuenta, en relación con ello, que el cómputo del plazo de veinte días establecido en el artículo 44.2 LOTC para la interposición del recurso de amparo ha de ponerse necesariamente en conexión con lo dispuesto en la letra *a*) del primer apartado del mismo precepto legal, que exige el agotamiento de “todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial”. Ello sitúa al justiciable ante una delicada disyuntiva sobre el modo en que debe dar adecuada satisfacción al referido requisito procesal que franquea el acceso al amparo; puesto que una actitud medrosa o, por el contrario, arriesgada en el cálculo de la estrategia procesal pertinente puede conducir a un incumplimiento por defecto o por exceso del referido óbice procesal, impidiendo el amparo por prematuro o extemporáneo, respectivamente (STC 217/2002, de 25 de noviembre, FJ 2).»

(STC 149/2005, de 6 de junio. Recurso de amparo 734/2003. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez, «BOE» de 8 de julio de 2005. En el mismo sentido, STC 56/2005, de 14 de marzo. Recurso de amparo 3538/2001. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 19 de abril de 2005.)

«Ha declarado este Tribunal que los recursos, aun cuando sean improcedentes, suspenden el plazo, de veinte días para recurrir en amparo cuando “de las circunstancias del caso se colija que el recurrente obra en la creencia de que hace lo correcto y, por consiguiente, actúa sin ánimo dilatorio, como puede suceder si es la propia resolución judicial recurrida la que induzca, mediante su expresa mención, a la interposición del recurso” (SSTC 201/1998, de 14 de octubre, FJ 3; 210/1998, de 27 de

octubre, FJ 2; 84/1999, de 10 de mayo, FJ 2; 197/1999, de 25 de octubre, FJ 2; 123/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 2, y 159/2002, de 16 septiembre, FJ 2, por todas).»

(STC 160/2005, de 20 de junio. Recurso de amparo 2846/2001. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 21 de julio de 2005.)

LEY ORGÁNICA 5/1985, DE 19 DE JUNIO, DE RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL

ARTÍCULO 44.4

«Con palabras de la STC 85/2003 que repetimos en la STC 99/2004, “la disolución de un partido político no comporta la privación del derecho de sufragio, activo o pasivo, de quienes fueron sus promotores, dirigentes o afiliados. Semejante consecuencia sólo puede traer causa de un procedimiento judicial específicamente centrado en la conducta o en las circunstancias de personas físicas, quienes, en los términos previstos por la ley, únicamente pueden verse privadas del ejercicio del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.1 CE si concurren las causas también taxativamente fijadas por el artículo 6 de la Ley electoral, entre las que no figura la vinculación con un partido disuelto en aplicación de la Ley Orgánica 6/2002” (FJ 23). Es evidente, sin embargo, como también entonces advertíamos, que si bien el artículo 44.4 LOREG no contempla “una causa de inelegibilidad, pues las personas que figuran en la agrupación no proclamada pueden ejercer su derecho de sufragio pasivo a través de otra candidatura” (STC 85/2003, FJ 24), no puede negarse que “restringe materialmente el libre ejercicio de aquel derecho”, pues aunque no excluye su ejercicio con carácter absoluto, “sí impide que lo disfruten en unión de quienes con su concurso puedan dar fundamento razonable a la convicción judicial de que se está ante un concierto de voluntades para la elusión fraudulenta de las consecuencias jurídicas de la disolución de un partido político” (STC 99/2004, FJ 14). Tal fue la razón que explica la interpretación conforme del artículo 44.4 LOREG contenida en la STC 85/2003, en cuya virtud “su sentido no es el propio de una causa restrictiva del derecho de sufragio pasivo, sino el de un mecanismo de garantía institucional con el que pretende evitarse, justamente, la desnaturalización de las agrupaciones electorales como instrumentos de participación ciudadana” (STC 85/2003, FJ 24), haciendo así imposible que a su través pudiera articularse fraudulentamente la continuidad material de un partido político ilegalizado. El artículo 44.4 LOREG, por tanto, “no atiende a cualesquiera agrupaciones electorales, sino específicamente a las que sirven de instrumento para la evasión fraudulenta de las consecuencias de la disolución de un partido político. En definitiva, a las agrupaciones electorales que, de hecho, y pervirtiendo la naturaleza y sentido de la institución, se quieren antes elementos constitutivos de un nuevo partido que instrumento de ejercicio del derecho de sufragio pasivo por parte de los ciudadanos al margen de la disciplina partidista” (STC 85/2003, FJ 25).

Nunca se nos han escapado “las dificultades que conlleva todo intento de equiparación conceptual entre los partidos políticos y las agrupaciones electorales, por tratarse de realidades que no son equivalentes, ni siquiera equiparables. Y precisamente las similitudes exigidas por el artículo 44.4 LOREG para apreciar la concurrencia de un principio de continuidad entre un partido disuelto y una agrupación de electores

(similitudes orgánico-funcional, subjetiva y financiera) nos permitan concluir que la norma atendía al fenómeno de la constitución material de una trama equivalente a un partido a partir de la estructura formal de una agrupación” electoral (STC 99/2004, FJ 15). Quiere esto decir que toda la distancia que media entre ambas categorías se diluye, precisamente, cuando la naturaleza propia de las agrupaciones electorales se pervierte con el fin de constituir las en instrumento para la continuidad material de un partido, operando así el ánimo defraudatorio como la solución de continuidad necesaria entre dos realidades conceptualmente inconfundibles. Y tal es justamente el efecto que con el artículo 44.4 LOREG ha querido evitar el legislador orgánico.»

(STC 68/2005, de 31 de marzo. Recurso de amparo electoral 2147/2005. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 19 de abril de 2005.)

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

ARTÍCULO 11

Autor: Comisión por omisión: requisitos. Existencia: el ligero retraso mental y trastorno de personalidad de la acusada, madre de la menor, no impedía que aquélla pudiera evitar las graves lesiones y maltratos que su compañero sentimental causaba a la niña.

Cuarto.—El segundo motivo se formula al amparo del artículo 849.1.º de enero de LECrim, por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo, en concreto por aplicación indebida del artículo 11 del CP, que regula la figura de la comisión por omisión, así como por inaplicación del artículo 450 del CP que tipifica el delito por omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución.

En apoyo de esta censura se alega que el artículo 11 del CP aplicado por la Sala sentenciadora, lo es desde la adjudicación a la acusada de una posición garante respecto de la menor, y ciertamente, desde el estricto punto de vista legal, tal posición no la ostenta la madre acusada, toda vez que es la Junta de Extremadura a través de sus Centros de Menores —en este caso el de Valcorchero— quien la tiene reconocida y asumida legalmente. Subraya el motivo que, como viene reconociendo la doctrina científica, debe concurrir una específica obligación legal o contractual de actuar como garante, y dicha posición tiene carácter taxativo de forma que el tenor literal del precepto no admite otras posibles fuentes que generen formal o materialmente posiciones específicas de garantía, con el fin de establecer el juicio de equivalencia entre la conducta omisiva y la causación del resultado.

Añade el recurrente que de la comisión por omisión quedan excluidas las obligaciones de naturaleza moral, de suerte que el artículo 11 CP requiere para su aplicación la verificación de una posición de garante con específicos deberes de actuar establecidos por el Ordenamiento Jurídico, situación que no asume la acusada a quien únicamente se le exige una obligación «general y natural que como madre biológica le atañe cuando recibe en su domicilio a la menor, y del incumplimiento de sus deberes respecto de la pequeña que se le confía, no puede derivarse otra responsabilidad que la de castigar su inactividad —omisión propia— en los términos prevenidos en el artículo 450 del CP, pero nunca basando dicha inactividad en una posición de garante de la que se le ha privado por conducto reglamentario».

Para la resolución de este reproche casacional debemos señalar, en primer lugar, que, efectivamente, el *factum* de la sentencia recurrida nos dice que la víctima (y otros dos hermanos menores) «se encontraban tutelados por la Junta de Extremadura e internados en el Centro de Menores de Valcorchero de Plasencia por Resolución de 2 de febrero de 2000». Este dato fáctico se corresponde con el contenido de la citada disposición administrativa que, constatando la situación de desamparo de los menores en el domicilio familiar, y con invocación de las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, resuelve «asumir la Tutela Administrativa» de la víctima y sus hermanos.

Esta resolución tiene sustancial incidencia en el artículo 154 CC, que impone a los padres el deber de cuidar y velar por los hijos menores derivado de la patria potestad de aquéllos, patria potestad que es la fuente legal de dichas obligaciones y que atribuye a los padres la cualidad de garantes de la seguridad de sus hijos. Ahora bien, lo cierto es que la citada LO de Protección Jurídica del Menor, modificó, entre otros muchos, el artículo 172 CC, que establece que «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal». Y seguidamente establece que «la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria».

A la luz de estos preceptos, una primera aproximación al problema permitiría considerar que la acusada no ejercía los derechos y deberes propios de la patria potestad cuando se ejecutaron los hechos, en tanto que esa fuente de obligaciones de cuidado y vigilancia de los hijos se encontraba en suspenso por disposición legal mientras éstos se encontraban tutelados, de hecho y de derecho, por las Instituciones Públicas competentes.

Pero esto no significa que la acusada se hubiera eximido de su condición de garante al menos en aquellos períodos de tiempo en que los menores vivían en el domicilio de aquella, saliendo transitoriamente de la esfera de protección que les brindaba la Junta de Andalucía como tutor legal, para ingresar en el marco de protección y cuidado a que estaba obligada la acusada durante el tiempo de convivencia de sus hijos menores en su domicilio, puesto que en tales circunstancias, la suspensión de la patria potestad, de que en ningún caso se había privado a la acusada, sino que solamente se había interrumpido, volvía a recaer sobre la madre de la menor en aquellos períodos de tiempo en los que la tutela pública de guarda y custodia no podía ser efectivamente ejercida, y en esos supuestos de vacaciones o visitas temporales quedaba alzada la suspensión de la patria potestad de la madre, que ésta recobraba con todos los deberes inherentes a la misma.

Por otra parte, y como complemento de lo expuesto, debemos subrayar que la Ley no hace nacer derechos y obligaciones sólo de las instituciones sino también, en determinados casos, de situaciones de hecho. La no infrecuente referencia legal a consecuencias jurídicas derivadas de una relación de afectividad análoga a la conyugal es buena prueba de ello e igualmente lo es —con especial importancia para la resolución de la cuestión que nos ha sido sometida— la mención de la guarda de hecho que encontramos en los artículos 303, 304 y 306 CC y en los artículos 153 y 192 CP. Concretamente, el artículo 303 CC autoriza a la Autoridad judicial que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho a «requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas». El hecho de que el Juez pueda requerir al

guardador de hecho a que le informe de su actuación y la facultad que se concede al primero de establecer medidas de control y vigilancia, indican claramente la existencia de obligaciones en el guardador de hecho con respecto al menor o incapaz encomendado a su guarda. La decidida voluntad del legislador de que un menor o incapaz no quede jamás absolutamente desprotegido le ha llevado a deducir obligaciones, que no pueden ser sino de protección y cuidado y que son rigurosamente legales, de las situaciones de guarda de hecho, sin que lógicamente las mismas requieran, para nacer y producir sus efectos, formalidad ni mandato expreso alguno.

En el caso presente, aunque a efectos dialécticos se entendiera que la patria potestad de la menor maltratada salvajemente no era ejercida por la acusada, según lo expuesto, al ingresar aquella temporalmente en un núcleo familiar integrado por su propia madre y el compañero sentimental de ésta, la acusada debía asumir inevitablemente la guarda de hecho y los deberes propios de cuidado y protección de ella derivados en aquellos períodos temporales en que –aparte del acusado– era la única persona que podía velar por la menor. Reiterando el criterio mantenido en un supuesto muy similar, examinado en la STS de 9 de octubre de 2000, hay que afirmar enérgicamente que, como consecuencia de una guarda de hecho sobre la hija menor, a la que la recurrida no podía en modo alguno sustraerse, tenía la obligación legal de actuar para impedir que su compañero hiciese víctima a su propia hija de las criminales agresiones y maltratos por los que ha sido condenado y que, habiendo infringido dicha obligación de actuar, su omisión debe ser equiparada a la autoría en los términos del artículo 11 CP para la producción del ilícito resultado y la perpetración del delito.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 10 de marzo de 2005.)

ARTÍCULO 14

Error: diferencias entre error de tipo y de prohibición; De prohibición: distinción entre error directo e indirecto. Homicidio: Error: de prohibición: invencible: inapreciable: policía que persigue a sospechoso, habiéndosele informado equivocadamente de que portaba un arma de fuego: el agente efectuó 17 disparos, sin respuesta alguna, realizando los que mayor gravedad tuvieron a muy escasa distancia: error vencible.

La clásica distinción entre error de hecho y de derecho, y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas con esta denominación en el artículo 14 del Código Penal vigente, se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad. El error de prohibición consiste en la creencia del agente de obrar lícitamente, bien porque yerra sobre la prohibición contenida en la norma, error de prohibición directo, bien porque su error recae sobre los presupuestos de una causa de justificación, como la creencia errónea sobre la existencia de una agresión ilegítima, error de prohibición indirecto. En ambos supuestos, directo o indirecto, la norma penal del artículo 14.3 del Código prevé la misma solución, la exclusión de la responsabilidad penal, si el error es invencible, o la disminución de la consecuencia penal en uno o dos grados, si el error es vencible. La jurisprudencia ha destacado la necesidad

de la acreditación del error y también que ha de atenderse para su valoración a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, esto es a las circunstancias culturales, psicológicas, etc., de quien pretenda alegar el error.

En los términos de la STS de 28 de mayo de 2003, «la doctrina y la Ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación».

Esta misma sentencia aborda el núcleo de la discusión de este recurso, sobre la valoración de la evitabilidad o inevitabilidad del error de prohibición, afirmando que ésta ha sido planteada generalmente en relación a errores directos sobre la norma. Los criterios, referentes a la evitabilidad, por lo tanto, se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Pero, el error indirecto sobre la ilicitud de la acción, como se dijo, puede provenir tanto de un error sobre los hechos (p. ej. sobre la realización de un movimiento corporal determinado) o sobre la significación normativa del hecho (p. ej. interpretar como un ataque lo que en realidad no lo es o suponer necesaria una acción de defensa que no lo es). Aquí no se trata sólo de casos en los que el autor podía informarse de la existencia de la causa de justificación en el orden jurídico, sino también de casos, en los que, en las circunstancias del hecho, cabe exigir al autor una comprobación más o menos profunda respecto de los presupuestos de hecho o de la necesidad de su acción de defensa.

Ciertamente no es fácil proporcionar criterios de medición de este aspecto de la norma. En términos generales, puede señalarse que un criterio racional y seguro en la delimitación de la vencibilidad es el de la existencia de un comportamiento alternativo, de manera que habrá de indagarse si el sujeto activo pudo actuar de modo alternativo a la situación de hecho sobre la que actúa, para lo que será, también, determinante comprobar las circunstancias concurrentes, como la específica preparación y profesionalidad del sujeto y lo que le es exigible en el marco de su actuación. En el mismo sentido habrá de ponderarse si al sujeto le era imposible llevar a cabo una comprobación más eficiente de la situación fáctica concurrente en función del temor que le pudiera producir la representación de su errónea creencia.

También ha de ponderarse que el margen de error es distinto cuando la situación fáctica a valorar parte de una agresión real, aunque dimensionada de forma errónea, que cuando la agresión es irreal, pues, en este caso, «el derecho debe dispensar una mayor protección al que no ha generado ningún peligro para sí mismo».

Con las anteriores premisas abordamos la función casacional que nos corresponde, en este supuesto valorar la corrección de la declaración del tribunal de instancia sobre la vencibilidad del error existente. El tribunal ha tenido en cuenta la profesión del acusado, policía en una función propia de su actuación profesional. Realiza diecisiete disparos, de ellos varios al aire, sin que a esa utilización de un medio coactivo, como lo es el arma de fuego, y de sonoridad manifiesta se siguieran respuestas por parte del perseguido con el arma que creía que llevaba. Esa ausencia de respuesta a los disparos realizados debió vencer la situación de error sobre la llevanza de un arma de fuego por parte de la persona a la que perseguía. Añadimos, para comprobar la lógica de la decisión del tribunal, el análisis de la pericial que relata la realización de los disparos a escasa distancia, 150 cm y 50 cm, respectivamente, lo que permite comprobar las circunstancias concurrentes en el momento de los disparos, de lo que no hacemos otra valoración jurídica que pudiera ser lesiva para el recurrente pero que, en todo caso, anula la pretensión de invencibilidad del error que se postula en el recurso.

De la anterior exposición se deduce, con arreglo a las Leyes de la lógica, que el acusado pudo haber vencido el error sobre la concurrencia de una situación de agresión ilegítima que legitimara su conducta de disparar a matar al perseguido, pues al tiempo de la realización de los disparos las circunstancias concurrentes podían haber disipado la situación de error que padecía.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

(Sentencia de 19 de mayo de 2005.)

ARTÍCULO 21.3

Arrebato u obcecación: inaplicable; el que una joven de etnia gitana abandone el domicilio familiar marchándose con el novio no produce un estímulo relevante que altere psíquicamente a sus familiares que causan la muerte a terceros.

Primero.—Dos motivos articulan los acusados, ambos por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1.º LECrim. En el primero de ellos estiman inaplicable el artículo 21.3 CP cuando debió serlo al concurrir los presupuestos de la atenuante de estado pasional.

1. La situación que refieren los recurrentes y que consideran generadora de esa intensa exaltación de ánimos, es el abandono del domicilio familiar de una de sus hermanas para marcharse con el novio, sin haber prestado el consentimiento su padre.

La sentencia, en el fundamento jurídico quinto, estima no probado que la situación provocada tuviera caracteres de dramática, ya que la joven superaba con holgura la mayoría de edad y era plenamente libre para actuar de ese modo, conforme a nuestras Leyes.

En el motivo se viene a sostener que lo que es usual en cualquier familia no lo es en una de etnia gitana, con unas costumbres y normas de conducta que, a su juicio, fueron claramente vulneradas, como lo demuestra el hecho de haberse reunido miembros de una y otra familia, así como mediadores, para tratar de regularizar la situación de la joven, a pesar de su mayoría de edad.

Cuando se precipitó el final de la reunión alegan que quedó evidenciada una situación desafiante y provocadora por parte de las víctimas y sus familiares, al tratar de que la muchacha saliera de casa del padre en contra de la voluntad de los miembros de su familia.

2. Son varias las razones que no permiten acoger el motivo.

En primer lugar, aun respetando las costumbres entre familias de etnia gitana, no cabe pasar por alto que unos y otros se hallan inmersos en una sociedad y ambiente social que admite tales situaciones como normales. No puede contemplarse el hecho como un atentado a las Leyes o normas jurídicas elementales en una sociedad democrática y libre. El artículo 14 de la Constitución no permitiría dar un trato discriminatorio y justificar legalmente determinadas actitudes o situaciones, a pesar de que puedan encontrar cierto arraigo en costumbres ancestrales.

Junto a tal razón, existe otra de mayor calado. El cauce por el que se viabiliza el motivo es el de infracción de Ley, que ha de partir del pleno respeto a los hechos probados en toda su integridad, orden y significación y en ellos no se explicita ninguna

situación pasional de entidad suficiente para provocar arrebato, obcecación y otro resultado psíquico semejante, con la consiguiente influencia menguante sobre la inteligencia y voluntad de los autores del hecho, restringiendo de manera sensible su imputabilidad.

3. Por último, no es posible acoger la atenuatoria en casos, como el presente, de reacciones absolutamente discordantes, por exceso evidente, respecto al hecho motivador, privilegiando situaciones coléricas, cuando los estímulos son insuficientes.

En nuestra hipótesis es obvio que los homicidios, en su dinámica comisiva, no estarían presididos por la premeditación, frialdad de ánimo o calculada ejecución. Es patente que existía en la reunión previa al desenlace fatal un ambiente tenso, lo que resulta perfectamente factible entre familias gitanas que no terminan de aceptar una actitud que les desagrada y contraría. Mas, es indudable que determinados tipos delictivos no se caracterizan por realizarse con ánimo sosegado o tranquilo, sino que la acción siempre ha de tener un móvil que, en el momento álgido de la ejecución, provoca un cierto acaloramiento, como signo del disgusto, la contrariedad o la ira a que se ha visto sometido el autor del hecho.

Esas situaciones, y nuestro caso se acomoda ellas, no son capaces de producir una alteración de la conciencia y voluntad de tal entidad que llegue a obnubilar la mente hasta el punto de reducir la capacidad de comprender la ilicitud del acto que se realiza o de controlar o autorregular el comportamiento de acuerdo con esa comprensión.

Los hechos probados, que describen el *modus operandi* de los acusados, nos transmiten la inequívoca idea de que los ejecutores del hecho eran plenamente conscientes de lo que hacían, como fruto de su libre y no perturbada voluntad.

El motivo ha de rechazarse.

(Sentencia de 8 de marzo de 2005.)

ARTÍCULO 28

Autoría conjunta: concepto: elementos; supuesto de coautoría es la participación adhesiva o sucesiva o coautoría aditiva: requisitos; existencia: actuación de ambos acusados con dominio funcional del hecho y coadyuvando de manera eficaz al fin propuesto, siendo responsables de las lesiones causadas los dos aunque sólo uno de ellos utilizara arma blanca al tener conocimiento en todo momento el que no la portaba del desarrollo de los hechos.

«El artículo 28 del Código Penal vigente nos permite disponer ya de una definición legal de la coautoría que, por otra parte, era de uso común en la jurisprudencia y en la doctrina antes de que el mismo fuese promulgado: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelincuencia por la doctrina de esta Sala. Preciso es, pues, esclarecer que debemos entender por uno y otro elemento –objetivo y subjetivo– de la coautoría. La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para

que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común. A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12 de febrero de 1986, de 24 de marzo de 1986, de 15 de julio de 1988, de 8 de febrero de 1989 y de 4 de octubre de 1994. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SSTS de 3 de julio de 1986 y de 20 de noviembre de 1981, han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por éste (SS. de 10 de febrero de 1992, de 5 de octubre de 1993, de 2 de julio de 1994) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el *dolo compartido*.

Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SSTS de 21 de diciembre de 1992 y de 28 de noviembre de 1997 se afirmó que «cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor sólo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho».

Doctrina definitivamente asentada en la sentencia TS de 11 de septiembre de 2000, que con cita de la SSTS 14 de diciembre de 1998, señala que «la nueva definición de la coautoría acogida en el artículo 28 del CP 1995 como “realización conjunta del hecho” viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del “acuerdo previo”, a los cooperadores no ejecutivos, es decir, a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la “realización conjunta del hecho” implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del *pactum scaeleris* y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución».

En este tema la STS 20 de julio de 2001 precisa que la autoría material que describe el artículo 28 CP no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo, según dispone el Código Penal, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Como dice la STS 27 de septiembre de 2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SSTS 29 de marzo de 1993, 24 de marzo de 1998 y 26 de julio de 2000 han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

Segundo.—En el caso sometido a nuestro conocimiento del relato fáctico plasmado en la sentencia de instancia podemos constatar:

- Que es Agustín quien inicia la acción agresiva contra el otro grupo de personas arrojando una botella de cerveza que impactó al lado de donde se encontraban Juan Ramón y sus compañeros Eusebio, Ignacio y Adolfo.
- Que es de nuevo Agustín el primero en iniciar el ataque corporal «saltando una pequeña repisa sobre la que había vasos que golpeó con los pies, se abalanzó sobre Juan Ramón a la vez que Juan Ramón cogió asimismo a Rubén, golpeándolo ambos, propinándole varios navajazos».
- Que en la secuencia posterior de los hechos se relata las lesiones que cronológicamente sufrieron los otros dos Ignacio y Eusebio («Eusebio con intención de separarlos agarra de la cintura a Juan Ramón, quien lanza un navajazo contra Ignacio, a

quien desborda yendo en persecución de Eusebio a quien apuñaló; acto seguido se le incorpora Agustín, que propina varios golpes o cuchilladas a Eusebio, encontrándose éste en posición fetal»), con participación por tanto, en toda la secuencia de hechos de ambos acusados y en todas las agresiones se empleó arma blanca, tal como lo acredita el examen de las lesiones producidas.

– Que la actuación concluye, producido ya el ataque a los tres, con otra actitud agresiva de Agustín con el empleo de otra botella de cerveza que lanza e impacta a Rubén.

Del anterior relato fáctico podemos constatar que hubo una conjunta actuación en la totalidad de la agresión, con activa participación del recurrente.

Por ello puede hablarse de coautor en sentido estricto pues formó parte del plan del autor, intervino en el acuerdo previo y ostentó dominio funcional del hecho, contribuyendo y colaborando a la realización del delito de manera esencial o relevancia, e igualmente está presente el elemento subjetivo o anímico basado en un acuerdo de voluntades tácito y simultáneo a la dinámica conexión e identificado con un doble dolo, integrado por el conocimiento y la voluntad de que otro realiza una acción u omisión delictiva, esto es la conciencia de la ilicitud del acto proyectado y realizado por el autor, y por el conocimiento y la voluntad de que con la propia acción u omisión se está auxiliando de algún modo al autor material en su realización delictiva, *animus adiuuandi* o voluntad de contribuir a la realización del hecho (SSTS 17 de enero de 1991, 12 de julio de 1995, 25 de marzo de 1997, 12 de mayo de 1998). En definitiva, nos hallamos ante un comportamiento conjunto, ante un ataque colectivo en el que ambos acusados golpearon a Eusebio y a Rubén. El que puede decirse que las lesiones más graves causadas por arma blanca corresponda a Juan Ramón no puede excusar la responsabilidad de Agustín, el uso del arma, aunque hubiera sido utilizada por sólo uno de los agresores debe tenerse en consideración contra todos los que intervinieron en el hecho porque se trata de un tipo delictivo realizado en coautoría y en tales supuestos basta el conocimiento por uno de los medios de ataque utilizado por el otro (STS de 24 de abril de 2000). Por ello, y aun cuando en las lesiones sufridas por Ignacio en el hecho probado se imputan a un navajazo lanzado por Juan Ramón, no debe excluirse la responsabilidad de este hecho del recurrente Agustín. En efecto, éste fue quien inició la agresión contra el grupo de personas entre las que se encontraba aquél, teniendo, en todo momento, una actitud activa, con conocimiento cabal de la forma en que se desarrollaban los acontecimientos, no pudiéndose romper el título de imputación, aunque en este caso, no realizara acto ejecutivo dirigido a vulnerar la integridad física de la víctima, pues su adhesión expresa al pacto criminal su misma presencia física coadyuvando a la consecución de la mecánica comisiva, su propia actividad agresiva no desatendiéndose de lo que allí ocurría, le convierten en coautor material.

Es, por otro lado, doctrina harto consagrada que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les responsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida. Cuando aparece afirmada la unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo concurso, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito (Sentencias TS 9 octubre 1992 y 17 octubre 1995).

(Sentencia de 17 de marzo de 2005.)

ARTÍCULO 138

Homicidio: diferencias con: lesiones: homicidio en grado de tentativa: contienen la misma estructura objetiva, distinguiéndose únicamente por el elemento subjetivo de la intencionalidad; «Animus necandi»: existencia: utilización de un cuchillo de 30 cm de hoja, mediante puñalada dirigida al estómago de la víctima que no llegó a alcanzar porque ésta pudo protegerse colocando su brazo izquierdo en cuyo codo se causaron las lesiones, y profiriendo frases que denotaban una clara amenaza de muerte.

Como tantas veces se ha repetido por la jurisprudencia, el delito de lesiones y el de homicidio en grado de tentativa (antes delito frustrado), contienen la misma estructura objetiva, distinguiéndose únicamente por el elemento subjetivo de la intencionalidad. Como este elemento subjetivo pertenece al propio pensamiento e intimidad de las personas, a no ser que el sujeto activo de la acción lo confiese, ha de ser inferido de la actividad externa realizada, tanto antecedente como concomitante o consiguiente y, sobre todo, de la peligrosidad del arma empleada en la agresión, de los lugares anatómicos en que se produjeron las lesiones y también de las consecuencias más o menos graves que se causaron.

En el supuesto enjuiciado, ciñéndonos a lo descrito en los hechos probados, como es obligado teniendo en cuenta la vía casacional empleada, no nos ofrece duda que el acusado tuvo ánimo de matar a la víctima (dolo específico) o, al menos, de realizar la acción con total desprecio a sus consecuencias y a las posibilidades letales que podría producir con su acción (dolo eventual). En efecto, de la narración fáctica se desprende lo siguiente:

a) Es evidente que el arma empleada en la agresión tiene el carácter de muy peligrosa, al tratarse de un cuchillo de nada menos que 30 centímetros de hoja.

b) El acusado dirigió la cuchillada a un órgano tan vital como es el estómago, y si no llegó a introducir el arma en él fue debido a causas ajenas a su voluntad, como fue el acto reflejo de la víctima de protegerse con su brazo izquierdo, lo que determinó que sufriese lesiones de una cierta consideración en el codo de ese miembro.

c) Al tiempo de dar la cuchillada, se dirigió a su esposa con estas palabras: «ya no te vas a reír más de mí», frase que no significa otra cosa que una verdadera amenaza de muerte.

d) Finalmente, es de resaltar que el acusado, después de comprobar que su mujer se encontraba en el bar, marchó a su casa para coger el cuchillo con el que después la agredió al volver al mismo bar. Es claro inferir que si hubiera tenido únicamente intención de lesionarla, no hubiera realizado esa operación de obtener un arma tan peligrosa como la utilizada.

e) No llegó a consumir sus intenciones letales, aparte de la defensa hecha por la víctima, porque el dueño del bar y otro cliente lo evitaron, acorralando al agresor con el empleo de unas sillas.

Todos esos datos nos han de llevar a concluir que en la acción del sujeto activo de la acción se evidencia un claro *ánimus necandi* y no simplemente *laedendi*, frente a la decisión del Tribunal sentenciador que entendió lo contrario, utilizando como principal argumento el hecho de que después de la agresión, la víctima se dirigió andando

hacia el Ayuntamiento, siendo seguida por el procesado a una distancia de unos cinco metros, «sin que volviera a intentar apuñalarla».

Este razonamiento no nos parece muy lógico, pues como se describe en el propio *factum*, estamos en presencia de dos secuencias o acontecimientos perfectamente diferenciables. El primero, que es en realidad el que se juzga, consistente en la agresión ya descrita; el segundo, en la marcha del establecimiento de agresor y víctima una vez concluido lo anterior. Entendemos, por tanto, que el hecho de pasado un cierto tiempo, aunque fuera breve, sin continuar insistiendo en la agresión, si bien puede incidir en la graduación de la pena a imponer, no evita de modo alguno la intencionalidad del agente de provocar la muerte de su víctima.

(Sentencia de 12 de julio de 2005.)

ARTÍCULO 139.1

Asesinato: Alevosía: elementos: existencia: víctima que se refugia en vivienda de vecina y el acusado, su compañero sentimental, derriba la puerta de esa vivienda y la saca del brazo, apuñalándola: situación de indefensión de la mujer al creerse a salvo en la casa de su vecina y sin riesgo para el acusado.

Primero.—En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 138 del Código Penal y consiguiente aplicación indebida del artículo 139.1 del mismo texto legal.

Se niega la presencia de la alevosía, alegándose que no resultó probado que el acusado proyectara su acción asegurando su ejecución sin riesgo para él, eliminando la posibilidad de defensa por parte del sujeto pasivo y que los hechos deben ser calificados de homicidio y no de asesinato.

En los hechos que se declaran probados, que deben ser rigurosamente respetados, se dice que la puñalada que asestó Eduardo a María José, que era su compañera sentimental con la que convivía con dos hijas de corta edad, lo hizo con intención de causarle la muerte, como así sucedió, tras sacarla al exterior desde la vivienda donde se había refugiado, agarrándola con fuerza y violencia, de suerte que eliminó cualquier posibilidad de fuga o de defensa por parte de la víctima.

Tiene declarado esta Sala (cfr. Sentencia de 22 de junio de 1993) que la alevosía requiere de un elemento normativo que se cumple si acompaña a cualquiera de los delitos contra las personas; de un elemento instrumental que puede afirmarse si la conducta del agente se enmarca, en un actuar que asegure el resultado, sin riesgo para su persona, en algunas de las modalidades que doctrina y jurisprudencia distingue en el asesinato alevoso; y de un elemento culpabilístico, consistente en el ánimo de conseguir la muerte sin ofrecer a la víctima posibilidad alguna de defensa. En cuanto a los modos, situaciones o instrumentos de que se valga el agente para asegurar el resultado excluyendo toda defensa y consiguiente riesgo para su persona, la doctrina de esta Sala distingue tres supuestos de asesinato alevoso. La alevosía llamada proditoria o traicionera, si concurre celada, trampa o emboscada; la alevosía sorpresiva, que se materializa en un ataque súbito o inesperado; y la alevosía por desvalimiento, en la que el agente se aprovecha de una especial situación de desamparo de la víctima que impide cualquier manifestación de defensa.

En el supuesto que examinamos, el elemento normativo indudablemente está presente, dada la naturaleza del delito al que se pretende incorporar la agravante de alevosía. Y de las modalidades instrumentales expresadas, el Jurado entendió que concurría una alevosía sorpresiva, en cuanto el recurrente derribó la puerta de la casa del vecino del piso en el que se había refugiado la víctima, estando confiada de que se encontraba a salvo, y que cuando el acusado la sacó, agarrándola violentamente del brazo, ésta en ningún momento pudo pensar, que le fuera a apuñalar, situación que eliminaba todo riesgo que pudiera proceder de una posible reacción defensiva que pudiera hacer la víctima.

El motivo debe ser desestimado.

Las razones que se han tenido en cuenta por el Tribunal del Jurado, al conocer del recurso de apelación, justifican la concurrencia de los elementos tanto subjetivos como objetivos que caracterizan la agravante de alevosía, ya que el acusado se aprovechó de la situación de indefensión en que se encontraba la víctima para consumar su voluntad homicida sin riesgo para su persona que pudiera proceder de la defensa de la víctima.

Ha existido una ruptura temporal y espacial entre las primeras agresiones, que determinaron la huida de la víctima, y lo sucedido tras refugiarse, con la puerta cerrada, en la casa de una vecina, lo que le permitió confiar que se encontraba a salvo de las agresiones del acusado, viéndose sorprendida por el forzamiento de la puerta, lo que le situó en una situación de total indefensión ante la nueva agresión mortal, que realizó el acusado sin riesgo alguno y sin oportunidad de defensa por parte de su víctima.

(Sentencia de 18 de julio de 2005.)

ARTÍCULO 139.3

Asesinato: Ensañamiento: requisitos. Existencia: 21 heridas producidas por puñaladas, siendo 6 de ellas mortales y el resto pinchazos o heridas por el paso del cuchillo sin penetrar: es irrelevante el orden de las puñaladas desde el momento en que se acreditó que la víctima no falleció en el acto; Alevosía: modalidades: requisitos; existencia: acusado que agarró a la víctima por el cuello cuando entraban al portal de la vivienda que compartían, muy estrecho y sin luz, empujándole hacia su interior y, cogiéndole del pelo, la tiró al suelo donde la apuñaló hasta en veintiuna ocasiones.

Undécimo.—En el caso presente, la vía casacional elegida impone el respeto al relato fáctico que debe mantenerse inalterable, de manera que la verificación de esta Sala se contrae a comprobar que los preceptos pertinentes han sido adecuadamente aplicados a los hechos que el Tribunal declaró probados sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes.

La sentencia declara probado no sólo que el acusado con propósito de acabar con la vida de Catalina le asestó aproximadamente veintiuna puñaladas incrementado conscientemente su padecimiento, alcanzándole varias de ellas en el tórax izquierdo dirigidas al corazón y otros órganos vitales al tiempo que Catalina (Lourdes) daba voces y pedía ayuda sin posibilidad de defenderse, sino también que logró arrastrarse

hasta el primer rellano de la escalera donde falleció minutos después por shock hipovolémico agudo.

El recurrente parte de una premisa que la Sala no comparte, que la existencia en el cuerpo de Catalina de 21 puñaladas solo pone de manifiesto el firme y decidido propósito de Julián de acabar con la vida de aquélla pero ni que de la forma brutal de la dinámica comisiva pueda extraerse la consecuencia de que su actuación se persiguió no solamente el producir la muerte, sino también el de aumentar los padecimientos de la víctima con otros males innecesarios, dado que ni en el dictamen de la autopsia ni en el relato fáctico, se dice el orden en el que fueron producidas las puñaladas, pues no se dice si las que finalmente resultaron mortales fueron las primeras, de manera que las demás resultasen ser un plus innecesario.

En efecto, el artículo 139.3 CP se refiere al ensañamiento como agravante específica del asesinato con la expresión «aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido», y que, por su parte, el artículo 22.5.^a, sin utilizar el término, considera circunstancia agravante genérica «aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito». En ambos casos se hace referencia a una forma de actuar en la que el autor, en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del delito, en el asesinato la muerte de la víctima causa, de forma deliberada, otros males que exceden de los necesariamente unidos a su acción típica, por lo tanto innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado, buscando la provocación de un sufrimiento añadido a la víctima. Se requieren, pues, dos elementos: uno objetivo, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro subjetivo, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima (STS de 19 de noviembre de 2003); elemento subjetivo consistente en el carácter deliberado del exceso (STS de 20 de diciembre de 2001), también precisa esta Sala, STS de 2 de enero de 2002, que dicho elemento no puede ser confundido sistemáticamente con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno, no implicando la apreciación de ensañamiento vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en un caso en que la víctima había recibido además de las puñaladas de índole mortal, otras meramente lesivas, innecesarias para la producción de la muerte, a las que el Jurado atribuyó el único propósito de aumentar el sufrimiento. En el mismo sentido la STS de 28 de febrero de 2002, señala que: «es razonable la inferencia del Jurado sobre la concurrencia de la agravación, calificadora del asesinato, de ensañamiento, no sólo porque el número de golpes con la navaja pone de manifiesto una crueldad innecesaria, también porque se declara probado que mientras se causaban la víctima vivía... Porque la intensidad de las puñaladas era innecesarias...», habiendo declarado en el mismo sentido la STS de 20 de diciembre de 2001 «esa multiplicidad de heridas, algunas de ellas innecesarias para producir la muerte, revelan la concurrencia de ese deliberado aumento de dolor de la víctima causado por la especial crueldad (o inhumanidad) de los autores del hecho», en el mismo sentido SSTS 24 de octubre de 2000 y 29 de octubre de 2002.

En el caso presente es de tener en cuenta tal como razona la sentencia recurrida –esto es la del Tribunal Superior– que el Dr. Emilio en el informe que emitió en el acto del juicio destacó que heridas penetrantes había 7, y que las que produjeron la muerte son las que han descrito en la zona torácica, entre la lesión, 4, 5, 6, 7 y 8 todas lesionan corazón o pulmones... la que mate definitivamente a la víctima es la 5 que es la que lesiona las dos arterias... todas las demás heridas eran pinchazos o bien heridas

por el paso del cuchillo sin penetrar, la 1, 4, 5, 6, 7 y 8 son penetrantes y atraviesan órganos vitales, pulmones y corazón.

Por tanto, si de las heridas había 6 puñaladas mortales y las restantes (hasta 21 puñaladas, aparte contusiones y hematomas) eran pinchazos o bien heridas por el paso del cuchillo sin penetrar, la inferencia que realiza la Sala sobre la acreditación del elemento subjetivo es correcta, pues el actuar violento del autor, no constando la existencia de una situación que limitara el control de su acción, representa como consciente y al mismo tiempo voluntaria, pues como dice la STS de 20 de septiembre de 2000, la lógica y la experiencia nos indican que quien reitera la agresión innecesariamente para el fin perseguido lo hace con el deseo de causar al ofendido padecimientos mayores de los comprendidos en el resultado perseguido, padecimientos mayores que el de la propia muerte, esto es, con ensañamiento.

Por último, que no conste el orden de las puñaladas y si las mortales fueron o no las primeras resulta irrelevante, desde el momento que la sentencia declara probado que la víctima no falleció en el acto («logró arrastrarse hasta el primer rellano de la escalera donde falleció minutos después por shock hipovolémico agudo»), por lo que el acusado tuvo que ser consciente de que estaba causando mayores dolores a la víctima con la reiteración de las puñaladas, siendo evidente que estando con vida la persona agredida, aun encontrándose en sus últimos momentos, puede sentir no sólo dolor, sino también angustia, al comprobar que la agresión no ha finalizado sino que se prolonga en su intento de acabar con la vida.

Esta Sala ya se ha ocupado de casos similares. En la STS de 2 de enero de 2002 se decía que «el hecho de que la muerte le sobreviniese a la víctima en pocos minutos, como consecuencia de un shock hipovolémico, no convierte en irrazonable aquella declaración porque una muerte rápida por agresión no es incompatible con el sufrimiento por la víctima de dolores innecesarios, si durante ese breve lapso de tiempo, el agresor no cesa de inferirle heridas obviamente dolorosas como ocurrió en el caso objeto de enjuiciamiento».

Por todo lo expuesto, el motivo se desestima.

(Sentencia de 22 de marzo de 2005.)

ARTÍCULO 149

Lesiones: Causar a otro la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido: la inutilidad incluye la pérdida de eficacia funcional que no debe entenderse en términos absolutos, bastando un menoscabo sustancial: en los órganos dobles la pérdida de uno de ellos es suficiente para apreciar la inutilidad: existencia: pérdida de la audición de un oído.

Sexto.—El sexto motivo, formalizado por igual cauce impugnativo que el anterior, denuncia la indebida aplicación del artículo 149 del Código Penal.

Los hechos probados narran a este respecto que al proferir unos gritos Susana y pedir que alguien llamase a la policía, el procesado Pedro Miguel, con ánimo de atentar contra su integridad física, «le da un fuerte bofetón en la cara», que hace que la víctima se tambalee, y al llevar el arma en la mano, intenta de nuevo agredirla, lo que ya no logra, continuando una persecución en la que le dice que va a matarle y exhibe el arma.

Como consecuencia del citado «bofetón», Susana tuvo lesiones que tardaron en curar 44 días, necesitando tratamiento antibiótico y antiinflamatorio y estando los mismos días impedida para sus ocupaciones habituales, quedando como secuela «pérdida de oído derecho neurosensorial sin solución quirúrgica».

Estamos en presencia de la pérdida de un sentido al perder la audición del oído derecho. La doctora Conejero que asistió al plenario, informó en éste que se aprecia una «otorrea», que significa una salida de pus como consecuencia de la infección producida por el golpe (desplazamiento de huesos). Dicha otorrea no tiene posibilidad de curación, quedando afectadas las terminaciones nerviosas del oído que van al cerebro.

El artículo 149 del Código Penal castiga con la penalidad que prevé al que «causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica». El oído es incuestionablemente un sentido. La única duda que puede plantearse es la consideración del mismo como dual (al igual que ocurre con otros sentidos simétricos), siendo así que la causación de su pérdida ha sido de la audición por uno de los dos. En esta línea, la STS de 29 de noviembre de 2000, razona que algunos órganos dobles existentes en el cuerpo humano (como los ojos, los oídos y los pulmones) son de tal importancia, por la relevancia de sus funciones, que la pérdida de uno supone una merma importante de la funcionalidad de los órganos que lo componen.

De manera que la pérdida de un oído, afecta indiscutiblemente a un sentido, y a la bilateralidad, como profundidad de su función anatómica, de modo que debe ser considerado como inutilidad del mismo.

Concurren, en consecuencia, los dos elementos que fundamentan materialmente este tipo agravado, tanto el mayor desvalor de la acción, atendiendo a la específica brutalidad del acto lesivo del recurrente, como el mayor desvalor del resultado, considerado en sí mismo y también en su significación social.

Es reiterada la doctrina de esta Sala en la que incluye en el concepto de «inutilidad» la «pérdida de eficacia funcional», que no debe entenderse en términos absolutos, bastando un menoscabo sustancial (SSTS 13 de abril y 18 de diciembre de 1976, 13 de febrero y 21 de junio de 1991, 20 de enero de 1993, etc.).

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 24 de junio de 2005.)

ARTÍCULO 150

Lesiones: Deformidad: existencia: pérdida de dos incisivos y un canino por la agresión del acusado, existiendo dolo eventual en el resultado, sin que sea relevante si las lesiones fueron producto de un golpe directo o como consecuencia del contacto con objeto contundente por acometimiento de aquél. Relación de causalidad: Imputación objetiva: concepto: elementos a verificar para la imputación del resultado.

Segundo.—Los cuatro motivos de contenido casacional que ha planteado el recurrente (el quinto se ha renunciado) se refieren a un mismo tema: la atribución de las

lesiones que padece el lesionado como consecuencia de la acción de Benedicto, y en particular, reprocha la inferencia que lleva a cabo la Sala sentenciadora de instancia, cuando argumenta sobre tal autoría. Tal queja casacional se articula tanto por pura infracción de ley, como por vulneración constitucional, pero en todo caso, el planteamiento es el mismo, toda vez que el Tribunal «a quo» contó con prueba de contenido testifical y pericial para llegar a verificar tal apreciación probatoria, cuyo único reproche, repetimos, es la aludida inferencia.

Señala el *factum* lo siguiente: «Se declaran como hechos probados que el día 20 de noviembre de 2002 sobre las 23 horas llegaron al club de alterne “La Torre”, Carlos Alberto en compañía de otra persona no debidamente identificada, tomando ambos alguna copa. En el citado local trabaja para mantener el orden, Benedicto, que avisado por un camarero de la posibilidad de que el citado Carlos Alberto portara un arma, y dado que el acompañante del mismo estaba manteniendo una discusión verbal con el camarero, procedió a coger a Carlos Alberto por detrás, del brazo, con intención de expulsarlo del bar, en el transcurso de ello, le ocasionó lesiones consistentes en herida contusa en cara mucosa de ambos labios. Avulsión de dos incisivos superiores y un canino que tardaron en curar 30 días de los que estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales 8 días, y quedaron como secuelas pérdida de 3 piezas dentarias de hemiarcada superior (2 incisivos y 1 canino)».

El razonamiento jurídico del Tribunal de instancia es el siguiente: parte de la acción de acometimiento del recurrente, al coger del brazo por la espalda al después lesionado, con intención de expulsarlo del local (club de alterne), lo cual es un hecho admitido por aquél; tiene en consideración igualmente que la víctima perdió tres piezas dentales (dos incisivos y un canino), acto seguido de esta maniobra de acometimiento; y se plantea su dinámica comisiva, lo cual es precisamente objeto de este recurso, y ante ello dice: el recurrente le causó las lesiones propinándole, bien personalmente (quiere decir de forma directa), bien arrojándolo contra un objeto contundente, «cuestión que tampoco es relevante a la hora de calificar jurídicamente los hechos». De modo que el Tribunal «a quo» únicamente discute si el acusado, ahora recurrente, golpeó directamente a Carlos Alberto con «un puño u otro objeto contundente que portaba en la mano, ya fuera arrojándolo contra una pared o mesa», lo que ciertamente es indiferente. Y no considera acreditado que se cayera accidentalmente en el curso de tal acometimiento, sino que, en todo caso, todo fue consecuencia de la aludida acción de acometimiento, no aclarada suficientemente, pero que resulta, como decimos, indiferente.

Recuerda la STS de 10 de febrero de 1998 que «como ya puso de relieve la Sentencia de 23 de abril de 1992, conocida vulgarmente como de la colza, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento. La jurisprudencia de esta Sala permite admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico, no excluyéndose la categoría del dolo eventual simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque este no haya sido deseado por el autor –sentencia del 27 de diciembre de 1982, conocida como caso Bultó– que reputó existente esta clase de dolo, cuando el autor toma medidas poco serias para la eliminación del peligro, que como tal conoce. En tales supuestos, su acción no es sino una manifestación de su indiferencia respecto a unos resultados, cuya producción se ha representado como no improbable –Sentencias de 3 de octubre y 26 de diciembre de 1987, 6 de junio y 24 de octubre de 1989–. En definitiva, en la medida que la jurisprudencia ha adoptado, al menos para los delitos de resultado, la teoría de imputación objetiva, será condición de la adecuación del comportamiento a dicho

tipo objetivo, el que el autor haya ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado. Así obrará con dolo el que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto y desaprobado jurídicamente, pues habría tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan precisamente al dolo. La aceptación del resultado existe cuando el agente ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias. Así, volviendo a la ya citada Sentencia de 20 de febrero de 1993, la jurisprudencia de esta Sala ha llegado a una situación ecléctica, conjugando las tesis de la probabilidad con la del consentimiento, estimando que el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción pretendida asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca, pero en todo caso, es exigible la consciencia por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene». Todo según recuerda la más reciente Sentencia de 21 de septiembre de 2004. Tiene declarado también esta Sala, como es exponente la Sentencia de 19 de octubre de 2000, que la teoría de la imputación objetiva es la que se sigue en la jurisprudencia para explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado, y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco, la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.

Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar: 1.º Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; 2.º Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

Conforme a estos parámetros, la acción del recurrente, al crear un peligro jurídicamente desaprobado, del que resulta la deformidad de la víctima, sin que nadie más lo haya «tocado», conforme se argumenta en el fallo recurrido, y cuando lo único que se discute es si le acometió directamente o le empujó contra algún objeto, mueble o elemento arquitectónico, es evidente que el resultado le debe ser atribuido, conforme a los hechos probados que se relatan en la sentencia que es objeto de impugnación. El dolo, por consiguiente, en grado de eventual, abarca el resultado de la acción, porque de tal acometimiento debe inexcusablemente desprenderse la posibilidad de originar tales lesiones (piénsese en que el golpe tuvo que ser necesariamente fortísimo, para desprenderse tres dientes, dejando ensangrentado el local, como igualmente resulta acreditado, de lo expuesto en la sentencia). Cuando se descarta la accidentalidad del resultado como fortuito, por la Sala sentenciadora de instancia, se está realizando un ejercicio de suma racionalidad en la valoración probatoria, que aquí debe ser, sin duda, mantenido. Y, desde luego, llegar a otras conclusiones en esta instancia casacional, sin haber valorado la prueba mediante inmediación, sería invadir las exclusivas atribuciones que le confieren a la Audiencia el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En consecuencia, el recurso no puede prosperar.

(Sentencia de 17 de mayo de 2005.)

ARTÍCULO 153

Lesiones: delito de violencia habitual en el ámbito familiar: bien jurídicamente protegido. Los actos concretos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor. No existe infracción del principio non bis in idem al condenarse también al acusado como autor de un delito de amenazas. Habitualidad: concepto. Existencia: agresiones físicas y amenazas que dieron comienzo en el año 1994, prolongándose hasta 1999.

Segundo.—El motivo correlativo se formula al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, en relación con el principio *non bis in idem*.

Para el recurrente se conculca este principio cuando se condena por el delito de violencia habitual en el ámbito familiar y también por amenazas, siendo estas últimas las generadoras de la condena por el delito de violencia doméstica.

Pues bien, ello no viene a resultar cierto, porque aunque la Sala de instancia en el último párrafo del fundamento jurídico cuarto venga a decir que «la ocurrencia de estas amenazas y su reiteración es lo que precisamente genera el clima intimidatorio configurante del delito de violencia habitual», el *factum* hace referencia, también, a agresiones físicas.

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala ha venido a considerar que las distintas agresiones puntuales han de ser castigadas de forma independiente (SSTS de 24 y 26 de junio de 2000).

La STS de 24 de marzo de 2003 precisó que «el delito de maltrato familiar o violencia doméstica tipificado en el artículo 153 del CP constituye un plus diferenciado de los individuales actos de agresión que lo generan, según el acertado criterio del nuevo CP de 1995. Precisamente por ello es dudoso que también fuera acertada su ubicación sistemática en el Título III del Libro II, que tiene por rúbrica “De las lesiones”, porque el bien jurídico protegido por el artículo 153 CP, trasciende y se extiende, como ha destacado esta Sala en varias ocasiones, 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 la protección integral de los hijos del artículo 39 (en este sentido SSTS de 24 de junio de 2000 y de 18 de abril de 2002)».

Y la misma sentencia recordó que «los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. El bien jurídico protegido, como se ha dicho, no es propiamente la integridad física de los agredidos. Si lo fuese no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y, además, la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio *non bis in idem*. El bien jurídico protegido es la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un

delito contra las personas sino contra la relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática (STS de 22 de enero de 2001)».

Por su parte, la STS de 14 de mayo de 2004, reiteró que «no cabe hablar de ninguna vulneración del principio *non bis in idem*, por la posible duplicidad de sanciones por unos mismos hechos, por la sencilla razón de que el propio precepto legal, cuya infracción se denuncia, prevé expresamente que la sanción correspondiente a la conducta descrita en el mismo se impondrá, “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare” (vide la redacción originaria del artículo 153 C. Penal), “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica” (vide la redacción del citado artículo según la reforma operada en el mismo por la LO 14/1999, de 9 de junio), “con independencia de que (...) los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores” (vide art. 173.3 del C. Penal, según el texto reformado por la LO 11/2003). Existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro). Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor, no existe, por tanto, infracción del principio *non bis in idem* (vide STS de 9 de julio de 2001)».

(Sentencia de 4 de abril de 2005.)

ARTÍCULO 163

Detención ilegal: Particular que detiene o encierra a otro, privándole de su libertad: concepto de encerrar y detener; requisitos: delito de consumación instantánea; existencia: encerrar en vivienda casi un día a persona que se utiliza en la explotación de la prostitución.

3. Finalmente, ambos recurrentes fueron condenados como coautores de un delito de detención ilegal previsto en el artículo 163 CP en el que se castiga al particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad.

Esa acción típica consistente en encerrar o detener. Esta Sala ha dicho en sentencias como la de 27 de diciembre de 2004, que «El delito de detención ilegal se comete encerrando o deteniendo a una persona contra su voluntad, o sin ella, privándole de su libertad. Es un delito de consumación instantánea, que se produce en el mismo momento de la privación de libertad, y de carácter permanente, pues subsiste mientras continúa dicha privación».

Se cumplen en nuestro caso los requisitos que esta Sala casacional (SSTS de 18 de enero de 1999, 12 de mayo de 1999, 5 de marzo de 2004) ha acuñado para la consumación del delito de detención ilegal.

«Los verbos nucleares del tipo son encerrar y detener. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación, en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad, no necesariamente con violencia o intimidación (STS de 28 de noviembre de 1994)».

Como recuerda la STS de 30 de noviembre de 2004 «el delito se proyecta desde tres perspectivas: El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido –físicamente impedido– en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce.

El tipo básico descrito en el artículo 163 CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) El elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona. Y que esa privación de libertad sea ilegal.
- 2) El elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia».

En nuestro caso, los hechos probados describen la existencia de una conducta plenamente subsumible, conforme a las anteriores premisas, en el tipo aplicado.

Así, en el hecho décimo se indica que desde las 14 horas del día 27 de junio de 2002 en que Clara fue llevada por el procesado Sebastián a la vivienda de los procesados Ángel Jesús y José Francisco no se le permitió salir de la misma por designio de Sebastián, siendo vigilada en diversos momentos por el procesado Juan Antonio, Ángel Jesús y José Francisco, permaneciendo durante todo el tiempo la puerta de la vivienda cerrada. En un momento determinado sobre las 8.00 horas, aproximadamente, del día 28, habiendo solicitado permiso Clara de Juan Antonio para poder fumar un cigarro, cogió su bolso e introdujo la documentación personal que estaba encima de una mesa, intentando salir de la vivienda sin que advirtiera tal circunstancia Juan Antonio, no pudiendo hacerlo debido a que la puerta se encontraba cerrada desde dentro y sin llave. Clara pudo escapar de la vivienda en la forma que se relata a continuación, sobre las 10 u 11 de la mañana del día 28. Durante todo el tiempo que Clara estuvo en la casa cerrada no tuvo la menor oportunidad de verse auxiliada por terceros.

El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

(Sentencia de 18 de julio de 2005.)

ARTÍCULO 172

Coacciones: Compeler a otro con violencia a hacer lo que no quiera: existencia: policía fuera de servicio que en club de alterne provoca un control de extranjería, disgustado por el trato recibido: un tema tan sensible en semejante escenario produce una perturbación anímica muy importante que excede del resultado de la falta.

Lo relevante y lo que debe ser acreditado es que los recurrentes emplearon una vía física o compulsiva relevante que tuvo por finalidad impedir hacer lo que la Ley no prohíbe o impeler a realizar lo que no se quiera hacer, sea justo o injusto, y de esa perspectiva lo relevante en sí es la acción del recurrente en el Club en orden a determinar si fue la de una persona que correctamente entra y se toma unas consumiciones, o por el contrario, despedido por la actitud de uno de los empleados que en ejercicio de su derecho de autodeterminación y de elección manifiesta no querer entablar con-

versación con él, lo que motiva la reacción de incluso aprovechamiento de su condición de policía, y poner al servicio de sus deseos aquellas facultades que la sociedad le ha dado para la protección de todos, con lo que se pervierte su condición que pasa de guardián de la legalidad a ser infractor de la misma, provocando el incidente narrado en los autos y simulando un control de extranjería, para lo que en modo alguno estaba autorizado, es decir, instrumentalizando unas facultades de las que ni en ese momento estaba autorizado para fines tan ajenos a la utilidad pública, como exclusivos y privados de su frustración o tal vez despecho por la negativa de la empleada.

El recurrente, en su condición de policía, no fue tanto un símbolo de protección como de vejación.

Y es esta actitud la que está acreditada por prueba directa, tanto de los empleados del local, como encargado, dueños y de la propia policía uniformada que acudió al local en los términos valorados por el Tribunal de instancia. Que la conclusión de todo ello, es que, además, no estuviesen de servicio es consecuencia que se deriva inexorablemente de toda la secuencia analizada sustentada en prueba directa.

Hubo prueba de cargo válida, legalmente introducida en el Plenario desde las exigencias de legalidad constitucional y ordinaria, suficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia, que fue razonada y razonablemente valorada y motivada, por lo que su decisión no es arbitraria.

Procede la desestimación del motivo.

El segundo motivo, por la vía del error iuris denuncia como indebidamente inaplicado el artículo 620 del Código Penal. Se cuestiona la consideración de delito en relación a las coacciones cometidas, tratando de derivar la acción a la falta del artículo 620 del Código Penal. El motivo no puede prosperar.

El hecho de provocar un control de extranjería en el Club con la consiguiente alteración del orden dentro del establecimiento, exigiendo la documentación a los empleados que allí trabajaban y originar situación como la descrita en el *factum*, nunca podrá derivarse a una coacción de carácter leve. La diferencia de ambas, el delito de coacción y de falta de coacción, es meramente cuantitativa ya en la modalidad de vía física o compulsiva, siendo el criterio decisivo la entidad que la coacción haya tenido en la libertad de decisión y de acción del sujeto pasivo –STS de 5 de mayo de 1999–. En el caso de autos, la sola consideración de que el recurrente exigió la documentación de los empleados, haciendo bajar a los que estaban en el piso superior, y en un tema tan sensible como la petición de documentación que puede provocar en escenarios como el de autos una perturbación anímica muy importante a las víctimas, merece la condición de la relevancia propia del delito.

(Sentencia de 18 de abril de 2005.)

ARTÍCULO 179

Agresiones sexuales: Delito continuado: existencia: diversas penetraciones a lo largo de toda una noche; pluralidad de delitos: inexistencia: penetración bucal y anal, en un mismo espacio y tiempo y con una sola eyaculación: un único delito.

Primero.–El primer motivo del recurso interpuesto por Jesús Luis denuncia infracción de Ley, del artículo 74.1 CP, al haber sido condenado por tres delitos con-

tinuados de violación, cuando los hechos probados en base al concepto de unidad natural de acción, sólo constituirán dos delitos de violación uno cometido en la unidad de tiempo del día 28 de noviembre de 2002 con respecto a Begoña, y otro en la noche del día uno al dos de diciembre del mismo año en relación a Erica.

Este supuesto problemático de la dogmática penal, parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyendo un objeto único de valoración jurídica. Será natural o jurídica, dice la STS 18 de julio de 2000, en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe, o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todas a un designio común que aglutine los diversos actos realizados.

Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendida ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio.

Así, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado que existe unidad natural de acción (SSTS 15 de febrero de 1997, 7 de mayo de 1999, 19 de junio de 1999, 4 de abril de 2000) «cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de un mismo espacio y de manera temporalmente estrecha».

En esta dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la «unidad natural de acción» supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción.

En opinión de la Sala sería posible mantener un criterio similar que responda más correctamente a la denominación ya empleada por la doctrina en relación con los casos en que varias acciones se dirigen a la lesión de un mismo objeto y bien jurídico, de unidad normativa de acción.

En relación a los delitos contra la libertad sexual, una reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS 21 de mayo de 2001, 26 de abril de 1996, 22 de septiembre de 1995), mantiene que procede apreciar la existencia de «una sola acción punible» en los casos de iteración inmediata del acceso sexual con el mismo sujeto pasivo por parte de un solo sujeto activo, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, lo cual no supone la aplicación a dichos hechos de la continuidad delictiva sino, precisamente, el extraerlos de la misma en atención a que ésta supone una pluralidad de acciones delictivas, lo que no sucede en los supuestos contemplados en las referidas sentencias ni en el que ahora examinamos en el que el sujeto activo, con intermediación temporal, realizó sobre la misma víctima una penetración bucal y vaginal, existiendo una unidad de hecho compatible con su fragmentación en variedad de actos utilizando la misma violencia e intimidación y con una única situación motivacional del autor, lo que permite afirmar una unidad típica (STS de 14 de mayo de 1999).

Efectivamente, esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que en caso de múltiples penetraciones y agresiones sexuales de menor grado, cuando el hecho se produce entre las mismas personas y en un mismo ámbito espacio-temporal por ser todo ello realizado en el seno de una misma situación y consecuencia de un mismo dolo, no hay una pluralidad de acciones, sino una sola, según el concepto de la unidad material de acción que ahora prevalece en la doctrina, por lo que no cabe hablar cuando se dan tales supuestos ni de pluralidad de delitos, ni tampoco de delito continuado, sino de un solo delito que absorbe o consume en tal caso la infracción penal más grave a la más leve (STS de 19 de junio de 1999). En definitiva, es la

unidad típica y no la continuidad delictiva, la determinante de la calificación de los hechos.

Criterio éste que recuerda la STS de 24 de septiembre de 2002, en el sentido de considerar un delito unitario y no continuado en los supuestos de varias penetraciones por la misma o diferentes vías anatómicas cuando los hechos se producen entre los mismos sujetos activo y pasivo, ejecutándose las acciones típicas en el marco de un mismo espacio físico y temporal, sin que exista prácticamente solución de continuidad entre unas y otras, correspondiendo el conjunto de éstas a un dolo unitario, no renovado, que abarca una misma situación, y no diversas ocasiones idénticas que caracteriza la continuidad, entendiéndose que en dichas circunstancias no hay una pluralidad de acciones, sino una sola desarrollada de modo progresivo según el concepto de unidad natural de la acción. Ocurre algo semejante a lo que se produce cuando en unas injurias hay diversidad de expresiones injuriosas, o en unas lesiones que no dependan del número de golpes que se repiten incluso contra diversas partes del cuerpo o un hurto o robo con sustracción de objetos distintos. En estos casos, cabe graduar la pena en más o menos según la gravedad objetiva del hecho dentro de las facultades que el Legislador confiere al Juzgado o Tribunal, pero no puede hablarse de la existencia de varios delitos.

Finalmente la STS de 23 de abril de 2004, precisa que los supuestos de penetraciones que son consideradas como un solo delito sobre una traslación del concepto normativo de acción y no del concepto de unidad natural de acción (pues en ese caso, habría dos acciones naturales, y no una jurídicamente reprochable), apreciándose no delito continuado, sino unidad material de acción.

Segundo.—Aplicando la doctrina expuesta en los tres casos sometidos a nuestra consideración, el recurso debe ser parcialmente estimado.

Así en relación a Begoña el apartado 1 del relato fáctico refiere cómo dentro de una misma situación de terror o pánico se vio compelida a hacer una felación al acusado si bien éste no llegó a eyacular y de inmediato le ordenó que parase e intentó bajarle los pantalones a ella, golpeándola en la cara y al no poder bajárselos, ordenó que se los bajase ella misma, dándole entonces la vuelta y penetrándola analmente, sin llegar a eyacular, cuando paró, ella se giró de nuevo eyaculando entonces sobre ella en una sudadera de chándal.

De estos términos, debe entenderse que la agresión sexual no tuvo una duración excesiva, que no se produjo sino una eyaculación y por ende fue fruto de una sola manifestación pasional, sin solución de continuidad. Con todo ello, habida cuenta de la intervención de un solo sujeto activo y pasivo, y actuación bajo la misma situación intimidatoria, entiende esta Sala que nos encontramos ante una unidad natural de acción y, por tanto, sólo se ha cometido un delito para cuya ejecución la Ley prevé distintos medios comisivos alternativos (STS de 17 de mayo de 2001).

Análoga calificación, en principio, debe merecer el hecho descrito en el apartado 2 en relación a Erica.

En este supuesto, existen también varias penetraciones realizadas por el mismo sujeto, prácticamente en el mismo escenario delictivo y con una proximidad temporal inmediata, por lo que hubo primero una felación interrumpida en el garaje y después en el descampado, una felación y penetración anal y vaginal, y otra felación y penetración anal y vaginal, pero resulta patente que todos los coitos impuestos a la denunciante acontecieron a escasa distancia y lapso temporal y formando parte de la misma situación de violencia, al extremo de que el propio Tribunal reconoce implícitamente que el acusado realizó los segundos actos prevaleciéndose, y aumentando incluso, el clima de intimidación y violencia ya generado con la brutalidad de su comportamiento inmediatamente anterior.

Tercero.—Distinta solución deben merecer los hechos acaecidos en la prisión «D.^a Carmela», en la que durante toda la noche el procesado la penetró anal y vaginalmente en repetidas ocasiones en número que no puede determinarse, bajo reiteradas amenazas que reforzaron en Erica la idea de que la iba a matar.

En efecto, ya hemos indicado cómo esta Sala ha apreciado la unidad material de acción cuando los movimientos corporales típicos se repiten dentro de lo que se ha denominado «mismo furor erótico» y de manera temporalmente estudiada y en la misma situación y contexto.

Sin embargo, en el hecho Tercero se describen un grupo indeterminado de acciones realizadas por el procesado durante toda una noche y lo suficientemente independientes para entender la existencia de varias agresiones a la libertad sexual de la ofendida y no una pluralidad de acciones constitutivas de un solo atentado contra la misma (unidad de hecho), es decir, la concurrencia de un dolo unitario integrado por varios hechos naturales, que deben valorarse como uno solo, como pretende el hoy recurrente.

La conducta del acusado no es equiparable a este supuesto, dada la ruptura de la acción natural, sino la vulneración, ciertamente repetida, pero también distinta, del bien jurídico protegido mediante la ejecución de acciones determinadas por un dolo similar pero reproducido en cada uno de los casos. Por ello su calificación responde a las exigencias del delito continuado, —como aprecia la sentencia de instancia—, acciones sucesivas que integran un tipo independiente cada una enlazadas por el nexo propio de la continuidad (STS de 4 de abril de 2000).

El delito continuado, artículo 74 CP, tras una larga evolución doctrinal y jurisprudencial, en la que dejó de ser una ficción jurídica y se le reconoció naturaleza de ente real que se sustrae a las reglas del concurso permitiendo su consideración de unidad jurídica, precisa de los siguientes requisitos:

- a) Pluralidad de hechos delictivos, ontológicamente diferenciales.
- b) Un planteamiento único en la acción que implica la unidad de resolución y de propósito criminal. Se trata de un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de designio. Requiere, en definitiva, como una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios hechos, aunque puedan dejarse los detalles concretos de su realización para precisarlos después, conforme surja la oportunidad de ejecutarla, siempre, sin embargo, con la existencia de elementos comunes que pongan de manifiesto la realidad de esa ideación global. Es en suma, el elemento básico y fundamental del delito del artículo 74, que puede ser igualmente un dolo continuado cuando la conducta responde al aprovechamiento de idéntica ocasión.
- c) Unidad de precepto penal violado, o al menos de preceptos semejantes y análogos, es decir, una especie de « semejanza del tipo », se ha dicho.
- d) Homogeneidad en el *modus operandi*, lo que significa la unidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito.
- e) Identidad en el sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo autor, y de sujeto pasivo, en el supuesto de agresiones sexuales.

Requisitos estos a los que habría que añadir una conexidad temporal, de tal modo que no haya transcurrido ni lapso de tiempo excesivo entre las diferentes actuaciones aisladas (SSTS 19 de junio de 2000, 9 de diciembre de 1998 y 20 de marzo de 1998).

Cuarto.—Llegados a este punto debemos plantearnos si los hechos descritos en los apartados 2 y 3 pueden considerarse dos delitos autónomos e independientes o si, a su vez, pueden integrarse en un solo delito continuado.

En cuanto a la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva. El artículo 74 del Código Penal considera como un solo delito, al que denomina continuado, una pluralidad de acciones u omisiones que aisladamente consideradas serían por sí solas constitutivas cada una de ellas de una infracción delictiva. Han sido razones de justicia material, de política criminal y de técnica jurídica las que han impulsado primero la creación doctrinal y jurisprudencial de la figura y luego su consagración en los textos legales, desde la reforma de 1983. Son requisitos del delito continuado que exista una pluralidad de acciones u omisiones; que se ejecute siguiendo un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, y que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, siendo en general indiferente que ofendan a uno o a varios sujetos, habiendo exigido la jurisprudencia una cierta conexidad temporal, de forma que pueda apreciarse un proceso unitario y no distintas acciones no relacionadas entre sí, completamente desconectadas las unas de las otras.

Las mismas razones antes mencionadas conducen al legislador a excluir con carácter general del delito continuado las ofensas a bienes eminentemente personales, aunque excepcional de esa anterior excepción los supuestos de ataques al honor o a la libertad sexual, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para apreciar o no la continuidad delictiva (art. 74.3 CP). Con toda evidencia, la libertad sexual es un bien eminentemente personal, lo que hace que la excepción a la excepción deba interpretarse de modo restrictivo, por lo cual no es fácil apreciar en todo caso la existencia de delito continuado en aquellos supuestos en que se acredite una pluralidad de infracciones contra la libertad sexual ejecutadas por un solo delincuente. Así lo ha entendido esta Sala que, con carácter general, ha rechazado la existencia de continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual, declarando que cada vez que se comete un acto atentatorio contra esa libertad, aunque sea con el mismo sujeto pasivo, hay un delito diferente y se renueva en cada acción concreta ante la incapacidad del sujeto pasivo de consentirla (STS de 17 de noviembre de 2000), de forma que sólo es posible el delito continuado en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco único de una relación sexual, de una cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo (SSTS de 9 de junio de 2000 y de 30 de mayo de 2001), situación en la que no es fácil individualizar suficientemente con sus datos concretos de lugar, fecha y características precisas de la acción, cada una de las infracciones o ataques concretos sufridos por el sujeto pasivo (STS de 2 de octubre de 2001). También se ha referido esta Sala a la necesidad de aplicar restrictivamente esta excepcional posibilidad e individualizar la calificación jurídica cuando los actos tengan una estructura y alcance claramente discernibles (STS de 7 de noviembre de 2000), lo que ocurrirá cuando se trata de agresiones sexuales, es decir, en aquellos casos en que el sujeto activo haya empleado violencia o intimidación para vencer la resistencia de la víctima en cada ocasión en que haya atacado a su libertad sexual, de modo que sea posible una mínima individualización de cada una de las conductas constitutivas de agresión sexual, resultando, por el contrario, más improbable cuando los hechos se repitan aprovechando un estado o situación permanente de prevalimiento por cualquier causa o de falta de consentimiento.

La sentencia impugnada sitúa los hechos probados en los apartados 2 y 3 en momentos perfectamente determinados y en lugares distintos y también concretados, con su debida separación temporal y espacial. Resultan, por tanto, suficientemente

individualizados como para poder afirmar que en cada caso fue preciso renovar la acción de intimidación para conseguir doblegar la voluntad de la víctima y atentar así contra la libertad e indemnidad sexuales, con lo cual nos encontramos ante agresiones sexuales diferenciadas y variadas y no ante un delito continuado (vide STS de 10 de julio de 2002). En sentido similar la STS de 11 de junio de 2002, en un caso similar precisó que no puede apreciarse las dos agresiones sexuales como constitutivas de un delito continuado, dado que las agresiones se produjeron en dos sitios geográficos diferentes, con separación temporal, aunque ambas se produjeran en el *continuum* de privación de libertad de la víctima.

(Sentencia de 23 de junio de 2005.)

ARTÍCULO 180.1.1.^a

Agresiones sexuales: Violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio: existencia: golpes, amenazas para lograr la penetración bucal por dos veces, obligando a tragarse el semen.

El artículo 180.1.1.^a del Código Penal establece una agravación penológica para las conductas previstas en los artículos 178 y 179 «cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio». Sin duda, los delitos de agresión sexual tienen en sí mismos un componente derivado de su naturaleza que implica necesariamente la degradación, humillación y vejación de las víctimas, en cuanto que mediante el empleo de la fuerza o intimidación se vulnera un ámbito de intimidad y libertad de tanta importancia y trascendencia para la persona como es el de su sexualidad. Esta degradación, vejación y humillación adquieren una intensidad aún mayor cuando la agresión sexual se convierte en violación al consistir en un acceso carnal violento por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías. Sin embargo, este carácter vejatorio o degradante del delito ya ha sido considerado por el legislador, reflejándolo en la Ley al señalar las penas que corresponden a sus autores, y puede ser valorado según las circunstancias de cada caso por el Tribunal en el momento de individualizar la pena.

Por otro lado, es de tener en cuenta que la agravación del artículo 180.1.1.^a no se refiere a los actos sexuales realizados, ya de por sí humillantes, vejatorios y degradantes, como decíamos, sino a la violencia o intimidación empleada en su ejecución, (STS de 28 de marzo de 2001). Sólo será apreciable cuando la violencia o intimidación superen con claridad los niveles propios del delito, es decir, cuando, tal como se dice en el mismo artículo, revistan un carácter «particularmente» degradante y vejatorio. Tal ocurrirá cuando se aprecie, al lado de la conducta descrita en el tipo de los artículos 178 y 179, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos (STS de 21 de enero de 1997), o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual (STS de 14 de febrero de 1994). Como señalábamos en la STS de 3 de junio de 2003), «lo que sanciona el precepto es el plus de antijuridicidad que representa el *modus operandi* del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales violentas o intimidatorias efectuadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias

porque representen un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima». En sentido similar, la STS de 26 de marzo de 2003 la STS de 4 de marzo de 2003 STS de 16 de octubre de 2002 y la STS de 11 de febrero de 2004 entre otras.

En el caso, los actos sexuales realizados son, desde luego y por sí mismos, degradantes para la mujer, obligada a aceptar la ejecución de actos que no desea que afecten directamente a su intimidad y a su libertad sexual. La reiteración de los mismos, sus particularidades y la presencia de otras personas, han de tenerse en cuenta para la individualización de la pena.

La violencia e intimidación ejercidas, consistieron en un puñetazo en el estómago que arrojó a la víctima en una bañera llena de agua; en agarrar a la mujer por los pelos y obligarla de esa forma a desnudarse, bajo amenazas de muerte, y a amenazarla con golpearla con una botella de vodka. Pero es que además, ha de tenerse en cuenta que tras obligarla a que le practicara una felación y a que se tragara el semen, y después de imponerle que aceptara mantener relación sexual con otro, con independencia de que ésta no llegara a ejecutarse, cuando la víctima se encontraba vomitando a causa de lo anterior, nuevamente la obligó a introducirse el pene en la boca y a tragarse de nuevo el semen, lo cual, dados los antecedentes del hecho concreto puede ser valorado como integrante de una situación intimidatoria, de dominio sobre la voluntad de la mujer, que resulta especialmente humillante y vejatoria.

Por todo ello, el motivo se desestima.

(Sentencia de 13 de julio de 2005.)

ARTÍCULO 180.1.2.^a

Agresiones sexuales. Hechos cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas: existencia: penetración sucesiva de tres coacusados. La condena del coacusado como cooperador necesario no impide valorar que el recurrente ejecutó el hecho en actuación conjunta con los otros dos.

La agravación prevista en el artículo 180.1.2.^a se refiere al caso en que los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. La expresión no es sinónima de la realización conjunta del hecho al que se refiere el artículo 28. Esta última supone que todos los intervinientes realizan el hecho en la forma antes expuesta al hablar de la coautoría, de forma que todos ellos son autores, mientras que la actuación conjunta puede predicarse no solo respecto de los autores sino también respecto de los cooperadores, necesarios o no, al menos cuando desarrollan su conducta al mismo tiempo que aquéllos.

Sin embargo, si la cooperación es siempre contribución al hecho de otro, su existencia supone en todo caso la presencia de dos personas, el autor directo y el cooperador, de manera que en estos casos la aplicación de la dicha agravación al cooperador puede infringir el *non bis in idem* en cuanto que se tiene en cuenta su acción para considerarlo cooperador necesario y además, para considerarlo agravado. En definitiva, no cabe la cooperación si no existen al menos dos personas en el hecho, lo que impide apreciar la agravación. Es posible, sin embargo, cuando la cooperación se presta a un hecho que ya por sí mismo debe ser agravado, al intervenir en su ejecución como coautores más de una persona. En estos casos, el principio de accesoriadad de

la participación conduce a valorar la cooperación en relación con el hecho concreto en cuya ejecución se coopera.

En el caso de la coautoría, nada impide la aplicación de la agravación cuando intervienen varios autores. La autoría del hecho puede ser individual, pero se considera merecedora de un mayor reproche y, coherentemente, se agrava la pena, cuando intervienen más de una persona en ejecución conjunta.

Por lo tanto, cuando se trata de coautores nada impide la aplicación de la figura agravada a todos ellos por todos los hechos cometidos, pues en todos ellos se aprovecharon recíprocamente de las facilidades que supone la actuación conjunta, lo que a su vez denota una mayor antijuridicidad del hecho, justificando la exacerbación de la pena. Lo mismo ocurre cuando el autor se apoya para la ejecución en un cooperador que está presente en la escena de los hechos, pues entonces subsisten las razones de la agravación. Por el contrario, cuando intervienen dos personas y una de ellas es considerada cooperador necesario, no es posible aplicar a éste la agravación en su conducta, pues como hemos dicho, no puede concebirse la cooperación necesaria sin la presencia de al menos un autor a cuya ejecución coopera.

En la sentencia se califica la conducta del recurrente como autor de un delito de violación y como cooperador necesario de otro, ambos con la agravación del artículo 180.1.2.^a del Código Penal. El delito de violación del que es autor lo comete en primer lugar mediante la violencia e intimidación desarrollada por él mismo, con la presencia y el silencio de los otros dos, pero lo continúa con posterioridad en unidad de acción aprovechando la presencia y la actuación de quienes son considerados en la sentencia cooperadores necesarios, aunque se refiera a la situación como un supuesto de actuación conjunta, en la que iniciada la intimidación por el recurrente, es admitida y aprovechada por los otros dos para mantener relaciones sexuales con penetración vaginal con la víctima, turnándose los tres sucesivamente, de manera que todos ellos refuerzan con su actuación la situación de intimidación iniciada por el recurrente, convirtiéndose así en colaboradores de cada una de las violaciones cometidas por cada uno de los demás. Aun cuando la descripción de los hechos permitiría considerar a todos ellos autores de todos los delitos por la realización conjunta de todos y cada uno de los hechos, la condena del coacusado como cooperador necesario no impide valorar que el recurrente ejecutó el hecho en actuación conjunta con los otros dos, por lo que nada impide la aplicación de la agravación del artículo 180.1.2.^a.

En el hecho cometido por el coacusado asimismo condenado, Gabino, en el que actúa como cooperador necesario, su conducta consiste en colaborar de forma especialmente relevante con la acción que conjuntamente ejecutan el autor directo y un tercero no identificado cuya actuación también se describe en el hecho probado. Según el relato de la sentencia, el recurrente, que acababa de ejecutar la primera agresión sexual sobre Estíbaliz, la tiró desnuda en la cama y en actitud violenta y amenazadora, les dijo al coacusado y al tercero que tuviesen relaciones con ella, lo que efectivamente hicieron ambos, repitiendo también Sebastián y turnándose sucesivamente los tres. En realidad, como acabamos de decir, la descripción del hecho permitiría la calificación como coautor, si bien en este caso no tendría consecuencias en el fallo. Es evidente que, en todo caso, su actuación supone una aportación de especial importancia a la ejecución del hecho por otras dos personas, tal como se describe en el relato fáctico, por lo que en cualquier caso cooperaría a un hecho ya de por sí agravado al ejecutarse por otros en actuación conjunta.

En virtud de lo dicho, el motivo se desestima.

(Sentencia de 13 de julio de 2005.)

ARTÍCULO 180.1.3.^a

Agresiones sexuales. Atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación: existencia: suficiencia de la violencia e intimidación. Víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación y, en todo caso, cuando sea menor de 13 años: joven de 21 años de edad, que presenta un retraso mental ligero con un coeficiente intelectual de 50-70, que es violada en un lugar aislado y cerrado; Penalidad: violación concurriendo la circunstancia 3.^a del artículo 180

2. El artículo 180 del Código Penal establece los subtipos agravados de los delitos de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del mismo Código, entre ellos, el del apartado 1.3º, el cual deberá ser apreciado «cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de 13 años».

3. En el presente caso, hemos de entender que el cauce procesal elegido no puede ser otro que el del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual impone al recurrente el pleno respeto del relato de hechos probados (vide art. 884.1º LECrim). Es menester, por tanto, partir de que –según el *factum*– la joven Catalina fue llevada a la fuerza por uno de los acusados, del que previamente había intentado huir, al salir corriendo hacia su casa cuando el acusado Marco Antonio comenzó a hacerle gestos, alcanzándola y llevándola, luego, cogiéndola del brazo, a un cortijo, cuya puerta cerró, para seguidamente penetrarla analmente –tras empujarla sobre la cama y bajarla los pantalones y las bragas «a la fuerza»–. En estas circunstancias, llegó después al cortijo el ahora recurrente, que, tras comer algo con el otro acusado, que a continuación se ausentó del cortijo, se quedó solo con la joven, a la que tumbó sobre la cama, comenzó a tocarla, y, como se negara ella, fue él quien la dio la vuelta, y, tras bajarle los pantalones y las bragas «a la fuerza», la penetró también analmente; diciéndole, acto seguido, que se podía marchar y «que no dijera nada a su madre o la mataría».

Los hechos, por todo lo dicho, tuvieron lugar en un contexto propicio a la intimidación de cualquier persona (a solas con el agresor, en un cortijo, con la puerta cerrada, y tras haber sido objeto de una agresión sexual por parte del otro acusado). El Tribunal dice que «la muchacha relató en el juicio que estaba asustada». Su oposición tanto a ir con el primer acusado, como a mantener relaciones sexuales con los dos, está claramente descrita en el *factum* (fue llevada al cortijo a la fuerza, y, en las dos ocasiones, la tumbaron en la cama, la dieron la vuelta –al negarse ella–, y «a la fuerza» la bajaron los pantalones y las bragas, penetrándola seguidamente por vía anal). El hecho, así descrito, debe ser calificado jurídicamente como una agresión sexual con acceso carnal.

Mas, junto a las circunstancias descritas (lugar aislado y cerrado, ausencia de otras personas en el inmueble, ambiente propicio al sentimiento de miedo para cualquier persona normal, por lo que la joven estaba asustada), es preciso ponderar también las particulares circunstancias concurrentes en Catalina, dado que la misma padecía un retraso mental leve –apreciable a simple vista–, con una edad mental que se correspondería con una edad cronológica inferior a 11 años; resulta patente que, en el presente caso, nos hallamos, de modo evidente, ante una víctima de este tipo de conductas que debe ser calificada de «especialmente vulnerable», por lo que resulta

incuestionable la procedencia de aplicar al presente caso el subtipo agravado del artículo 180.1.º del CP. Por todo lo dicho, no es posible apreciar la infracción legal denunciada en este motivo que, consiguientemente, debe ser desestimado.

(Sentencia de 14 de junio de 2005.)

ARTÍCULO 188.1

Prostitución: Cooperador: existencia: contactar con club donde se ejerce la prostitución para introducir a mujer en él, estando obligada por terceros a ejercerla y realizar vigilancias a la mujer cuando se halla con clientes.

Fue condenado Jose Francisco, como cooperador necesario, de un delito de proxenetismo del artículo 188.1 CP.

Discute el recurrente la subsunción efectuada por el Tribunal *a quo* en la figura penal que castiga la conducta consistente en determinar, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella.

Es evidente que el legislador ha previsto la utilización alternativa o concurrente, para conseguir que la víctima se prostituya o se mantenga en tal situación, de alguno o algunos de los medios que enumera. De tal modo que si se diera alguno de los descritos en orden al cercenamiento de la voluntad de decisión de la víctima, el delito existiría.

Téngase en cuenta, además que, como indica la STS Sala Segunda, de 30 de enero de 2003, ha de estimarse que la conducta delictiva enjuiciada, cuya gravedad no cabe desconocer, consiste en la coacción ejercida por los acusados que, respecto de la víctima, aprovechando su desvalimiento como extranjera, la determinaron a mantenerse en la prostitución. Incluso no es óbice para ello que no conste una situación adicional de privación de libertad que, de darse —como ha ocurrido en nuestro caso—, podría calificarse con propiedad como detención ilegal o secuestro.

En el caso, la Sala sentenciadora en el *factum* describe una situación plenamente encajable en el supuesto típico de referencia, y en su hecho cuarto recoge que Jose Francisco, conocedor del sometimiento forzoso de las dos mujeres a Sebastián, puso en contacto al procesado Sebastián con el dueño del local «Las Vegas» de Oropesa, un tal Everardo, donde gracias a Jose Francisco, Sebastián puso a ambas mujeres a trabajar obligadamente hacia el 20 de junio.

Además, el Tribunal *a quo* resumió en el fundamento jurídico tercero, con el mismo valor fáctico, la participación de Jose Francisco como cooperador necesario del artículo 28.b) CP puesto que facilitó a Sebastián los contactos necesarios para que pudiera meter a las chicas en el club «Las Vegas» por conocer a uno de los dueños, y realizó incluso actos de vigilancia cuyo resultado luego comunicó con diligencia al proxeneta Sebastián. Nos referimos a su verificación de cómo Clara salió el día 25 con un español, y el traslado de tal suceso a Sebastián para que éste estuviera al tanto y exigiere más dinero a Clara. Alojó Jose Francisco al proxeneta en España, facilitando con ello que éste pudiera continuar en su ilícita actividad en nuestro país. Y además, Jose Francisco se implicó en la aclaración de la circunstancia del dinero recibido por Clara el día 25 de junio, contemplando lo ocurrido en su casa, y acudiendo con Sebastián los días 27 y 28 de junio al club a reclamar la documentación de

Clara... siendo él particularmente el que destruyó ipso facto la ficha personal de Clara, llegando a decir que Clara no iría ya por el club y que su deuda la cubriría Susana.

(Sentencia de 18 de julio de 2005.)

ARTÍCULO 248

Estafa. Engaño bastante: concepto y requisitos; vencimiento de los mecanismos de defensa puestos por el titular del bien o del patrimonio; examen de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Contratos civiles criminalizados: existencia: acuerdo por el que el acusado, propietario de una empresa de intermediación inmobiliaria, recibió una cantidad de dinero para apostar en subasta judicial con el fin de adquirir dos inmuebles, pactándose su devolución en el supuesto de no adjudicación de los mismos, celebrándose la subasta con anterioridad a la entrega del dinero: conocimiento de tal circunstancia por el acusado y ocultación de la misma a la otra parte contratante que confió en la credibilidad profesional del acusado.

En relación a la primera consecuencia que infiere el recurrente debemos recordar, como decíamos en las recientes Sentencias de 15 de febrero de 2005 y de 22 de diciembre de 2004, que la estafa como elemento esencial requiere la concurrencia del engaño que debe ser suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la actuación engañosa, sin la cual no se habría producido el traspaso patrimonial, acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad (SSTS de 22 de septiembre de 2000, de 8 de marzo de 2002 y de 24 de febrero de 2003) y que puede consistir en cualquier acción del engañado que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero, entendiéndose por tal, tanto la entrega de una cosa como la prestación de un servicio por el que no se obtiene la contraprestación.

El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina de esta Sala, que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendicidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así ha entendido extensivo el concepto legal a «cualquier falta de verdad o simulación», cualquiera que sea su modalidad, apariencia de verdad que le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no hubiese realizado (STS 27 de enero de 2000) hacer creer a otro algo que no es verdad (STS 4 de febrero de 2001).

Por ello, el engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del engaño humano y la ilimitada variedad de los supuestos que la vida real ofrece y puede consistir en toda una operación de «puesta en escena» fingida que no responda a la verdad, y por consiguiente, constituye un dolo antecedente (SSTS de 26 de julio de 2000 y 2 de marzo de 2000).

Se añade que el engaño sea bastante para producir error en otro (STS de 29 de mayo de 2002), es decir, que sea capaz en un doble sentido: primero para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y en segundo lugar, que sea idóneo, rele-

vante y adecuado para producir el error que quiera el fraude, no bastando un error burdo, fantástico o inaccesible, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan (STS de 2 de febrero de 2002). En definitiva, lo que se requiere es que el engaño sea bastante, es decir, suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos, y su idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la envidia o mendacidad del agente y del que se puede decir que en cuanto elemento psicológico, intelectual y doloso de la estafa está integrado por una serie de maquinaciones insidiosas a través de las cuales el agente se atribuye poder, influencia o cualidades supuestas, o aparente la posesión de bienes o crédito, o se vale de cualquier otro tipo de artimaña que tenga la suficiente entidad para que en la relaciones sociales o comerciales pase por persona solvente o cumplidora de sus compromisos, como estímulo para provocar el traspaso patrimonial defraudatorio.

En el caso de la variedad de estafa denominada «negocio jurídico criminalizado», dice la STS de 20 de enero de 2004, el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuanto, en realidad, sólo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante animo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuridicidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo (SSTS de 12 de mayo de 1998 y 2 de noviembre de 2000, entre otras).

De suerte que, como decíamos en la Sentencia de 26 de febrero de 2001, cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia al otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado y todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple y se descubre después, quedando consumado el delito al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado (SSTS de 26 de febrero de 1990, 2 de junio de 1999 y 27 de mayo de 2003).

Por ello, esta Sala casacional ha declarado a estos efectos que si el dolo del autor ha surgido después del incumplimiento, estaríamos, en todo caso ante un *dolo subsequens* que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa. En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa (STS de 8 de mayo de 1996).

Añadiendo la jurisprudencia que si ciertamente el engaño es el nervio y alma de la infracción, elemento fundamental en el delito de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone al engaño bastante para producir el error en el otro contratante. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe –STS de 13 de mayo de 1994–. Así, la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte, a diferencia del dolo *subsequens* del mero incumplimiento contractual. Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo *subsequens*, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

Segundo.–En el caso presente la sentencia de instancia estima concurrente el engaño, consistente en la apariencia de destinar el dinero que se solicitó por el acusado para la adquisición por el perjudicado, de unos inmuebles en subasta judicial, adquisición que no se podrá llevar a cabo por haberse realizado la subasta el día anterior a la entrega del dinero, circunstancia ésta que conocía el acusado y que ocultó al perjudicado para obtener el desplazamiento patrimonial a su favor.

Convicción a la que llega analizando la prueba de cargo en el fundamento jurídico segundo, descartando que el pacto suscrito por el acusado con el perjudicado fuese la adquisición de los inmuebles tanto por vía judicial como extrajudicial, teniendo en cuenta la propia parte expositiva de los citados acuerdos y el dato, especialmente significativo de que las cantidades entregadas, 4.000.000 de pesetas y 17.750.000 pesetas constituyen precisamente el 20 por 100 del precio de las fincas, depósito necesario para optar a la subasta judicial. Y valorando tanto las declaraciones de los perjudicados. Señor Carlos en orden a que el acusado les dijo que necesitaba un depósito para optar a la subasta, que una vez hecha la subasta y en función del resultado le devolvería el dinero, que le dio el dinero después de la subasta, pero nunca le dijo la fecha de la subasta, se enteró después; y señor Carlos en el sentido de que el dinero se entregó para las gestiones derivadas de la subasta en el Juzgado, si no se conseguían las fincas se les devolvía el dinero, que nunca les dijo que la subasta se había celebrado, en ese caso no se hubiera entregado el dinero, no le ha devuelto el dinero ni le ha proporcionado las fincas; como las propias declaraciones del hoy recurrente reconociendo que el dinero se lo dieron después de la subasta que se había celebrado el día anterior, y que el dinero recibido lo ingresó en la cuenta de su empresa y dispuso del mismo para los fines de la misma, conducta ésta de que, de forma racional y lógica, deduce la Audiencia que el acusado no realizó, ni tenía intención de hacerlo, gestión alguna por vía extrajudicial, para la adquisición de los bienes inmuebles.

Consecuentemente es claro que el recurrente sólo quería aprovecharse del cumplimiento del contrato por la parte contraria para beneficiarse de él y de su propio incumplimiento. No se está en un incumplimiento sobrevenido –dolo *subsequens*– sino antecedente y causal en relación al acuerdo suscrito, pues existió un engaño

suficiente, bastante y antecedente— recibir más cantidades para poder participar en una subasta judicial, ocultando a la parte que dicha subasta ya se había celebrado, que actuó como error en el perjudicado para llevarle a efectuar esos actos dispositivos que supusieron un beneficio ilegítimo en el acusado que dispuso del dinero recibido en su propio beneficio.

En definitiva, se dan en la conducta del agente todos los elementos de la estafa, por lo que su acción queda ubicada dentro de la ilicitud penal, lo que nada tiene que ver con el riesgo de criminalizar todo incumplimiento contractual (SSTS de 14 de mayo de 2002, de 27 de marzo de 2003 y de 17 de septiembre de 2004).

Tercero.—Respecto a la segunda cuestión suscitada de no ser dicho engaño bastante para producir el error por cuanto el señor Carlos, al estar especificado en los convenios el procedimiento judicial en que iba a tener lugar la subasta, pudo llamar al Juzgado o personarse en él y asegurarse antes de entregar el dinero si la subasta se había celebrado o no.

Esta argumentación no puede ser acogida.

Como señalábamos en la STS de 18 de octubre de 2004, en los delitos contra el patrimonio (estafa señaladamente) la protección penal debe limitarse a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio.

Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el artículo 248 CP y que ello tenga lugar mediante un engaño «bastante». Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y, en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción, más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de «subjetividad» en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental; así, si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la

media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la Sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 1998, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa.

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues «bastante» no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la venibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuándo es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socioeconómica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada

parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotegerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal –en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones– respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple sólo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que sólo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente –no bastante– para producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.

(Sentencia de 7 de julio de 2005.)

ARTÍCULO 305

Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social: Sociedades bajo el régimen de transparencia fiscal: exigencias como contraprestación a sus ventajas: cualquier artificio destinado a sustituir sin causa o justificación, la obligación asumida por otra más beneficiosa y a su vez más onerosa para el erario público, debe estar sólidamente justificada por situaciones de estado de necesidad en los que la antijuricidad de la conducta pueda estar justificada, pues, fuera de tales supuestos excepcionales, cualquier operación que evite el pago por el contribuyente de la carga tributaria que ha asumido voluntariamente, supone una operación típica de elusión de impuestos. Bien jurídicamente protegido: principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y las cargas públicas.

1. El motivo octavo mantiene que no existe la defraudación típica por no darse simulación alguna. La maniobra por la que se defrauda a la Hacienda Pública exige una actividad engañosa o falsa. El negocio jurídico elusivo por el que se evita la obligación de tributar radica en la venta a «Pinyer, S. A.» de los beneficios obtenidos. En opinión del recurrente no es suficiente con un negocio simulado sino que se exige la ocultación o disimulo del hecho imponible. Requiere, en su opinión, que haya surgido el hecho imponible, para después proceder a las maniobras de evasión de la obligación tributaria. Según las opiniones doctrinales que cita, es necesaria la existencia de un engaño, ocultación o infracción de deberes formales. En su opinión, no ha existido

evasión de obligaciones sino que se ha elegido un negocio para evitar una tributación más gravosa, acogiéndose a una cobertura contractual. Termina afirmando que ni siquiera ha existido fraude de ley.

2. Para afrontar los imaginativos argumentos de la parte recurrente, debemos regresar a la realidad que nos proporciona el relato de hechos. Sin este dato, cualquier alegación puede discutirse en el terreno doctrinal o académico, pero pende de una abstracción que no contempla el caso concreto.

El hecho probado afirma que el recurrente «ostentaba, a finales de 1990, el 29 por 100 del capital social de la sociedad «Círculo», representado en «veintinueve acciones que había adquirido al antiguo administrador».

En el párrafo anterior se afirma que la sociedad había permanecido prácticamente inactiva desde su constitución hasta que, en febrero de 1990, comienza a generar servicios y obtiene, en dicho ejercicio, beneficios por importe de 153.376.658 pesetas.

La sociedad y consiguientemente el recurrente, se había acogido al régimen de transparencia fiscal por lo que las cantidades derivadas del reparto de los beneficios obtenidos correspondía a los socios declararlos como renta de las personas físicas.

3. Se afirma que el 21 de diciembre de 1990 se reparten los dividendos, y el 31 del mismo mes los socios, que ya habían recibido dichas cantidades, «transmitieron la totalidad de las acciones a la empresa «Pinyer S. A.», administrada por el otro acusado. El importe pagado por la adquirente fue el valor nominal de las acciones que ascendía a 100.000 pesetas.

La sociedad que adquirió las acciones, tenía, según el recurrente, importantes bases imponibles negativas en ejercicios anteriores que trataban de compensar unilateralmente.

Efectivamente así se consumó el proceso, asumiendo «Pinyer» en su declaración de 1990 los mencionados beneficios compensándolos con las pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores.

En lo que respecta al recurrente, se manifiesta, de forma terminante, que omitió toda referencia en su declaración del Impuesto de las Personas Físicas de la suma que se le había adjudicado en el reparto de dividendos, produciéndose una elusión de la cuota de 26.327.114 pesetas que dejó de satisfacer a la Hacienda Pública.

4. A pesar de que no es el núcleo del motivo, conviene recordar estos antecedentes, para comprobar si efectivamente las operaciones respondían a un fin lícito y admisible en el tráfico societario o eran una simulación que no tenía otra finalidad que defraudar a la Hacienda Pública en la cantidad mencionada. Cualquier fraude tributario supone un grave atentado contra los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y las cargas públicas. Frente a esta concepción del bien jurídico protegido, algunos sectores doctrinales desvían la esencia de la lesión hacia un delito semejante a los patrimoniales cuyo sujeto pasivo es la Hacienda Pública. Es cierto que al final el perjuicio es económico, pero no puede olvidarse que la justificación de la pena específica radica en la inadmisión de vulneración de los principios de solidaridad tributaria inexcusables en una sociedad democrática.

Frente a una discutible optimización fiscal basada en manejos y artificios que, en cierto modo, tiene una cobertura o amparo en la complejidad de las normas tributarias, no se pueden compartir o tolerar los fraudes y las trampas cuya única finalidad es eludir el pago de las cuotas generadas y debidas.

5. En el caso presente, desde el momento en que se repartió el dividendo (21 de diciembre de 1990) surge la base imponible que se concreta en el día del cierre (31 de diciembre de 1990). Como ya hemos dicho el régimen de transparencia fiscal coloca a los que a él se acogen en la misma situación que los perceptores de rentas de capital

o del trabajo. Luego esa cantidad que figuraba como ingreso sólo podía tener un destino que no era otro que satisfacer la cuotas correspondientes según la tarifa vigente en el Impuesto de las Personas Físicas. En todo caso esos ingresos podían haberse conjugado con otros gastos o deducciones admitidas en ese género de impuestos, pero nunca se puede admitir la evaporación de los ingresos sin que exista una motivación o justificación jurídicamente sostenible.

6. El convenio de cesión mediante venta a otra sociedad por el precio nominal de las acciones (100.000 pesetas), regalando de forma sorprendente e injustificada unos beneficios de más de ciento cincuenta y tres millones de pesetas, debe tener una sólida o por lo menos explicable justificación. El recurrente admite indirectamente, que se trataba de un artificio para que nadie pague a la Hacienda Pública. La adquirente era una sociedad con abundantes saldos negativos que le permitían absorber y desgravar esos ingresos generosos y gratuitos que se le entregaban. El Derecho tributario puede ofrecer resquicio para estas operaciones, pero el Derecho penal no puede admitir artificios o trampas que puedan enmascararse bajo lo que, eufemísticamente, se conoce como ingeniería financiera o tributaria que, en definitiva, no es otra cosa que elevar el fraude y el engaño a la categoría de arte o ciencia matemática.

7. Aplicando las más generosas teorías de la causa en los negocios jurídicos, es evidente que su realidad no aparece por ningún sitio. Podría justificarse con un simple ánimo de liberalidad, ya que prácticamente nos encontramos ante una donación, pero esta motivación, realizada con el objeto de eludir el pago debido por las cantidades regaladas, no puede ser acogida y admitida por el sistema jurídico en general ni por el tributario en particular. En definitiva, el elemento defraudatorio o el ánimo de engañar eludiendo el pago de los impuestos está claro en la realidad narrada en el hecho probado y el en substrato que se encuentra en los verdaderos fines de la operación.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

Sexto.—En el motivo octavo se suscita la concurrencia de un error de prohibición por parte del recurrente al estimar que la operación realizada no era antijurídica.

1. Expone que el dolo y el conocimiento de la antijuridicidad requieren que el sujeto, en el momento de actuar, conocía que estaba realizando una defraudación penalmente típica, lo que, en su opinión, no concurre en el presente caso.

No admite que se construya la existencia del dolo, sobre la condición de Abogado del recurrente. Se preocupa de matizar que no es especialista en Derecho tributario y que fue asesorado para esta operación. Reconoce que planteó conjuntamente un error de tipo y un error de prohibición, pero ahora parece abandonar el primero y centrarse en el segundo, con el argumento de que en la época en que se realizó la operación ningún Tribunal penal había considerado estos hechos como delictivos. Invoca, en su apoyo, la doctrina dominante en el momento, a técnicos tributarios y a la condición de especialista del otro acusado. Por último, mantiene que la antijuridicidad de esta conducta sólo aparece en la jurisprudencia en el año 1999 por lo que, en su momento, podía considerarse como admisible.

2. Después de examinar el desarrollo del motivo no hay duda de que no se encuentran bases mínimamente sólidas para mantener el error de tipo, por lo que se refugia en el error de prohibición. Admite que la operación estaba destinada a desfigurar o maquillar sus obligaciones con Hacienda derivadas de un importante beneficio extra procedente del reparto de dividendos de una sociedad en pleno rendimiento. Reconoce que sabía que la operación tenía esta finalidad, pero afirma, a pesar de este reconocimiento, que creía que se trataba de una defraudación o desviación tributaria permitida por la legislación vigente.

La simulación de operaciones está contemplada en la legislación tributaria, que no santifica ni tolera dichas actividades. El artículo 25 de la Ley General Tributaria

considera que la simulación no altera la realidad del negocio subyacente cualquiera que sea la forma con la que se quiere revestir el fraude, acogiéndose con ello a las previsiones del Código Civil que preconizan la efectividad de la verdadera naturaleza del contrato y que rechazan el fraude de ley. Es suficiente con ello para estimar que, por razones personales y por razones financieras, está suficientemente aclarado que lo que se pretendía en definitiva era eludir la cuota tributaria, por medio de un trasvase, prácticamente gratuito, de una importante suma de dinero.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 19 de mayo de 2005.)

ARTÍCULO 392

Falsedades: En documentos públicos u oficiales por particular: existencia: alteración de contratos laborales para intentar estafa procesal: documentos oficiales por incorporación.

Tercero.—En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 392 del Código Penal.

Se niega la concurrencia de los elementos que caracterizan el delito de falsedad sin que se haya producido ninguna mutación de la verdad y que únicamente se produjo un error material en los contratos de trabajo por parte de la administrativa que los confeccionó, para reparar un error.

El cauce procesal elegido para defender el recurso exige el más escrupuloso respeto al relato fáctico de la sentencia de instancia y en él encontramos cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de falsedad apreciado en la sentencia recurrida.

Así, se dice que el acusado Ildelfonso, en su condición de administrador de hecho y apoderado de la mercantil «Incosol, S. L.» convino con «Construmar, S. L.» la subcontratación de la empresa que representaba para realizar alicatados en una obra. Estos trabajos se iniciaron y ejecutaron después que Juan Francisco hubiese renunciado de su puesto de administrador mancomunado de «Construmar, S. L.», esa constructora libró tres pagarés a favor de «Incosol, S. L.», para abonar las obras realizadas, los cuales resultaron impagados. Como «Construmar, S. L.» y su único administrador Jesús Luis eran insolventes, el acusado dio instrucciones para que se presentará, en representación de «Inconiso, S. L.» demanda contra aquella constructora y contra el anterior coadministrador Juan Francisco, ante los Juzgados, y a fin de probar la supuesta legitimación pasiva de este último facilitó a los profesionales diversos contratos de trabajo referidos a otras obras distintas a la encargada a «Construmar, S. L.», que habían sido firmados con anterioridad al inicio de esta última obra y por lo tanto con fecha anterior a que Juan Francisco hubiera renunciado a su cargo y a que constara su renuncia en el Registro Mercantil. Para lograr engañar al Juzgado, el acusado o persona siguiendo sus instrucciones, borró con tinta blanca correctora el centro de trabajo que figuraba en dichos contratos, estampando a máquina, en su lugar la situación de la obra cuyos trabajos reclamaba judicialmente y también dio instrucciones para que se presentara como prueba de una persona para que dijera que había trabajado para «Incosol, S. L.», lo que era cierto, y que las obras que se reclamaban había dado comienzo en una fecha anterior a la realidad. Como consecuencia de lo anterior

el acusado logró que el órgano judicial dictara, en el procedimiento civil de reclamación de cantidad, sentencia por la que se condenó, entre otros, a Juan Francisco a que abonara las sumas reclamadas.

Ha existido falsificación, por consiguiente, de elementos esenciales de los contratos que accedieron a un organismo oficial como lo fue el Juzgado de Primera Instancia, con evidente intención de engañar al Juzgado y conseguir una sentencia favorable a los intereses de la sociedad que representaba, como así ocurrió, habiéndose, por consiguiente, alterado la verdad y al mismo tiempo las funciones que cumplen estos documentos oficiales, como son las de prueba, perpetuación y garantía, y ello implica la alteración de elementos o requisitos esenciales del documento. Mutación de la verdad que lo fue de tal modo que tuvo aptitud para inducir a error al órgano jurisdiccional, es decir, que crea la apariencia de que lo inveraz es auténtico.

La falsedad lo ha sido de un documento oficial, como acertadamente se declara en la sentencia recurrida, mencionando sentencias de esta Sala, (como es exponente la de 24 de enero de 2002), en la que se expresa que si bien ha de estarse a la naturaleza del documento en el momento de la alteración falsaria, esta doctrina experimenta una inflexión cuando el documento nace con el único destino de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones Públicas, como ha sucedido en el supuesto que examinamos. En esa misma línea también se pronuncian otras sentencias de esta Sala, como son las de 31 de mayo de 1995 y 17 de mayo de 1996.

Así las cosas, los hechos que se declaran probados han sido correctamente calificados como de falsificación de documento oficial.

(Sentencia de 18 de julio de 2005.)

ARTÍCULO 403

Usurpación de funciones publicas e intrusismo: Ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España: bienes jurídicamente protegidos. Elementos y naturaleza. Existencia: acusado que se autodenominaba «doctor y especialista en biocibernética cuántica holográfica y medicina neurofocal», y tenía una consulta donde prescribía a los pacientes medicamentos, efectuaba diagnósticos y tratamientos sin la correspondiente titulación académica: actos propios de la profesión médica.

Se afirma en la argumentación del motivo que se está ante actos atípicos en la medida que el recurrente no se atribuyó la condición de médico, ni aplicaba el arte médico que se imparte en la Facultad de Medicina, concluyendo que «el delito de intrusismo únicamente es concebible desde el momento en el que el diagnóstico o tratamiento de la enfermedad o dolencia se afronta desde un método estrictamente científico-experimental propio del ámbito de la medicina ortodoxa o tradicional».

Por ello, se dice, todas las prácticas de lo que ha venido a llamarse «medicina natural» o «medicina alternativa» que pueden caer bajo la rúbrica de «parasitaria» no pueden integrar el delito de intrusismo.

En el vigente Código Penal, en el capítulo V del título XVIII, se estudian dos tipos delictivos que tienen su precedente en los artículos 320 y 321 del CP/1973.

Ambos delitos tienen de nexo común el referirse a ocupaciones ilícitas de cualidades profesionales, ya sean públicas –art. 402–, o privadas –art. 403–. El núcleo de la actividad típica es el ejercicio de «actos propios» de esas funciones públicas o profesiones privadas que por voluntad del derecho están reservados a precisos colectivos de personas legalmente autorizadas en clave de exclusividad para su ejercicio, dado el contenido de tales actos y la necesidad de velar porque los mismos sólo puedan ser ejercidos por las personas habilitadas para ello.

Centrándonos en el artículo 403, su precedente se encuentra en el artículo 321 del anterior Código Penal, como ya se ha dicho, que los incluía dentro del título IV, de las falsedades, dentro del grupo de las llamadas «falsedades personales».

El vigente Código Penal mantiene, en lo sustancial, la misma sistemática, aunque queda desnaturalizado en la práctica en la medida que para el legislador del CP/1995 el acento de la antijuridicidad de la conducta radica no tanto en la falsedad, cuanto en el ejercicio de actos propios de la profesión que el título –de existir– ampararía, es decir, el acento descansa más bien en el ejercicio de actos propios de una profesión sin estar legitimado, más que en la mera falsedad. Esta nueva perspectiva nos permite contornear el bien jurídico protegido que se concreta en dos órdenes de interés: *a)* el del público en general a quien van dirigidos los actos a realizar por el agente sin título, protegiendo a la colectividad de los eventuales daños de una praxis inhábil o ignorante, lo que equivale a conceptualizar este delito como de peligro: «peligros que su ejercicio genera para otras personas o bienes cuyo control depende de especiales conocimientos y capacidades que el título acredita» –STS de 20 de julio de 1993–, y *b)* protege también el interés corporativo de un determinado grupo de profesionales, tanto en defensa de sus competencias y derechos morales sobre el prestigio y buen hacer de la profesión como en los patrimoniales que pudieran quedar afectados por una competencia desleal y la invasión en su esfera económica por terceros no pertenecientes al colectivo profesional afectado.

Ciertamente que de ambas perspectivas debe prevalecer la primera en la medida de la superior naturaleza que existe en proteger el interés colectivo de que ciertas profesiones sólo la ejerzan aquellas personas que están debidamente capacitadas por la Administración Pública en atención a la superior naturaleza de los bienes jurídicos que pueden quedar afectados por los actos propios de tales profesiones: vida, integridad corporal, libertad y seguridad, etc.

Por ello, ya la STS de 5 de febrero de 1993 declaró que el fin de este delito no es la defensa de unos intereses de grupos corporativos, de lo que cuestionaría su protección penal desde el principio de mínima intervención, sino más bien, el interés público que exige que ciertas actividades sólo sean ejercitadas por quienes ostentan la debida capacitación.

A la hora de tipificar el intrusismo –siendo la primera vez que aparece este término en la rúbrica de un Código Penal–, el vigente Código Penal distingue cuatro situaciones de menor a mayor importancia:

- a)* La atribución de cualidad profesional amparada en título académico, sin poseerlo y sin ejercer actos de esa profesión: se trata de la falta del artículo 637.
- b)* El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, que integra el tipo atenuado o privilegiado de delito «que tantos problemas ocasiona» en palabras de la STS de 28 de marzo de 2003, con cita de la de 12 de noviembre de 2001.
- c)* El ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico que constituye el tipo básico, se trata de una novedad del actual texto, ya que antes no se diferenciaba entre título académico y título oficial pudiéndose entender por título académico el que se exige tras cursar estudios conforme a la

legislación del Estado en centros oficiales o reconocidos, sea de diplomatura, licenciatura o doctorado, y por título oficial el expedido también por el Estado en virtud de norma interna o por Convenio Internacional ratificado por España, y por tanto derecho vigente según el artículo 96 de la CE, título oficial que debe acreditar la capacitación necesaria del titular y habilitar para el ejercicio de una profesión.

d) El ejercicio de actos propios de una profesión unido a la atribución pública de la cualidad de profesional amparado por título que habilite para el ejercicio, que constituye el tipo agravado.

La conducta nuclear se vertebra por dos notas: una positiva: el ejercicio de actos propios de profesión, y otra negativa: carecer de título habilitante. La conjunción de estos dos elementos perfecciona el delito que es de mera actividad, no exigiendo para la consumación resultado perjudicial para los intereses del sujeto pasivo del acto.

Por «acto propio» debe entenderse aquel o aquellos que forman parte de la actividad profesional amparado por el título y que por eso mismo exigen una *lex artis* o específica capacitación. Se trata de un precepto en blanco que debe ser completado con normas extrapenales, generalmente pertenecientes al orden administrativo y que están directamente relacionados con la esencia del quehacer profesional de la actividad concernida –SSTS de 18 de mayo de 1979, 22 de abril de 1980, 27 de abril de 1989, 30 de abril de 1994 y de 22 de enero de 2002–.

En todo caso, desde la perspectiva de la consumación, además de lo ya dicho sobre la naturaleza de delito de mera actividad y riesgo, hay que añadir que la acción típica ya viene descrita en plural, «actos propios», por lo que no se necesita una reiteración de actos basta uno solo, pero si son varios los actos no existe una continuidad delictiva sino un solo delito de ejercicio de actos propios de una profesión se está en presencia de un plural descriptivo que se reconduce a la unidad delictiva como ocurre con el artículo 368, «los que ejecuten actos» –SSTS de 29 de septiembre de 2000, de 12 de noviembre de 2001 y de 22 de enero de 2002–.

Desde esta doctrina pasamos a analizar la denuncia efectuada, que ya desde ahora anunciamos, no puede prosperar.

En primer lugar, dado el cauce casacional utilizado, hay que partir del riguroso respeto a los hechos probados.

En ellos se nos dice claramente que el recurrente:

- a) Prescribía procaína, epinefrinidina, urbason y polaramide, medicamentos todos que son de obligada prescripción médica.
- b) Efectuaba diagnósticos médicos.
- c) Prescribía tratamientos, ciertamente singulares, como la extracción de todas o parte de las piezas dentarias, porque en ellas se encontraba el origen de todas las enfermedades que diagnosticaba a sus pacientes.

Es obvio que la prescripción de medicamentos, los que incluso tenía en su despacho, la confección de diagnósticos y la prescripción de tratamientos, son actos inequívocamente propios de la profesión médica, que exige para su ejercicio la correspondiente titulación académica.

En la medida que el recurrente efectuó tales actos médicos sin estar en posesión de la titulación correspondiente, dio vida a los dos elementos que vertebran el delito de intrusismo, tipo básico por el que ha sido condenado, del artículo 403-1.º del Código Penal.

La alegación de que se trata de medicina alternativa, situada extramuros de la medicina convencional que se enseña en las Universidades, debe ser tajantemente rechazada, no puede ser admitida.

Ciertamente que en relación al ejercicio de la acupuntura, a la medicina naturista o a la reflexoterapia o rayos láser en cuanto pertenecen a la gama que pudiera calificarse de «medicina alternativa», denominación con la que se designan aquellas prácticas sanitarias que por no estar fundadas en un método científico experimental, ni se enseñan en las facultades de Medicina ni se encuentran comprendidas entre las especialidades médicas para cuyo ejercicio se requiera título, el ejercicio de estas actividades por quien no tenga la condición de médico, tiene declarado esta Sala que no puede constituir ni dar vida al delito de intrusismo por falta de elemento de los «actos propios» en el sentido antes citado –STS de 4 de julio de 1991–, pero ya se cuida la STS de 19 de junio de 1989 de señalar que «si el que ejecuta cualquiera de estas técnicas, antes de aplicarlas, practica exploraciones o reconocimientos clínicos, diagnóstico, pronóstico y decide una terapia determinada está incidiendo las funciones de la Medicina», incurriendo su conducta en el artículo 321 del CP de 1973, equivalente al actual 403-1.º CP.

En el caso de autos, el recurrente, como ya se ha dicho no se limitó a efectuar meras prácticas de ejecución de lo ordenado en sede médica, sino que por sí y ante sí: *a)* recetó y en ocasiones inyectó medicamentos que exigen prescripción facultativa, *b)* efectuó diagnóstico y *c)* ordenó «tratamientos» y «terapias» acordando el cese de las que ya tenían los pacientes que atendía en los términos expresados, actos todos que constituyen «actos propios» de la condición de médico.

En este escenario, es irrelevante que el recurrente no se arrogase el título de médico –de hacerlo hubiera incurrido en la figura agravada del art. 403-2.º–, o que los pacientes supieran que no era médico o en el sentido académico del término. Lo relevante penalmente es la actuación de una praxis propia de un médico aunque no se atribuye a tal condición ni hubiera engaño al respecto entre los pacientes. Consta en los autos que ellos conocían la «especialidad» en Biocibernética cuántica holográfica y medicina neuro-focal, y, qué duda cabe que desde ese conocimiento se sometieron y aceptaron los tratamientos propuestos como efecto reflejo de la esperanza en una curación de sus dolencias. No hay que olvidar, que en la relación médico-enfermo la confianza de éste en aquél reviste un valor indiscutible, incluso con valor terapéutico, dado el evidente desequilibrio que existe en ambos, y que en base a esa confianza el paciente se pone –literalmente– en manos de aquél. Aquí esto es bien patente si se tiene en cuenta que los pacientes llegaron a aceptar sumisamente el sorprendente, doloroso y arbitrario método de extracción de las piezas dentarias con un consentimiento claramente viciado por la confianza que les transmitía el recurrente.

Se dieron todos los elementos del delito de intrusismo por el que ha sido condenado el recurrente.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 23 de marzo de 2005.)

ARTÍCULO 576

Terrorismo: Actos de colaboración. Existencia: alojar a miembro huido del «comando Barcelona»; acreditación de que conocía su pertenencia a banda armada.

Dice la parte recurrente, en el primero de los motivos, que «los hechos probados, expuestos en la sentencia, no son constitutivos de un delito de colaboración con banda armada», porque, en su opinión, «no concurren los requisitos» de dicho tipo penal.

Según se dice en este motivo, «la sentencia considera acreditado tan sólo que el recurrente tuvo información por otra persona de que un miembro de ETA se encontraba en su domicilio», y esto no es una conducta típicamente prevista en el artículo 576 del Código Penal, en el que se habla de colaboración, y, según el Diccionario de la Real Academia Española, «colaborador (...) significa compañero en la formación de alguna obra». Colaborar es «trabajar con otra u otras personas, contribuir y ayudar, con otros, al logro de algún fin». De ahí que, según la parte recurrente, «el mero conocimiento de la pertenencia a ETA de Rogelio, como expresan los hechos probados, no puede incardinarse en el delito de colaboración...».

2. El artículo 576, apartado 1, del Código Penal castiga con las correspondientes penas al «que lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista»; y, en su apartado 2, dice que «son actos de colaboración», entre otros, «la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas».

El tipo penal cuestionado, por tanto, sólo exige el hecho de ocultar a una persona vinculada a alguna de las entidades citadas –banda armada, organización o grupo terrorista– con conocimiento de su condición de tal. El texto legal no establece ningún otro requisito para la existencia del delito, no exige ningún móvil especial en la conducta del sujeto activo, ni una coincidencia de fines con los de la organización a la que pertenezca o con la que esté vinculada la persona favorecida por dicha conducta. No es preciso ningún elemento subjetivo del injusto más allá de los propios de toda conducta dolosa: conocimiento y voluntad. No es necesario, pues, que exista una coincidencia de fines, basta el hecho de poner a disposición de la banda armada –o de persona vinculada a la misma– determinadas aportaciones –entre ellas, como hemos dicho, la de alojar u ocultar a alguna de estas personas– conociendo los medios y métodos utilizados, en sus actividades, por la organización a la que pertenecen o están vinculados (vide SSTs de 16 de febrero y 14 de mayo de 1999 y de 19 de mayo de 2003).

3. En el presente caso, el relato fáctico es concluyente al afirmar que «durante los días que Rogelio estuvo en el domicilio de Yolanda, durante un fin de semana que Yolanda tenía visita, se trasladaron al domicilio del acusado Juan María (...) el cual igualmente tuvo información de la otra persona (la que se había puesto en contacto con Yolanda y se había personado en su casa con Rogelio) (...), sobre la condición de miembro de ETA de la persona allí alojada y que era el acusado Rogelio que también se identificó por “Rodolfo”; precisando luego el Tribunal –en el F. 8.º de la sentencia– que “solamente le pidieron si podían pasar allí unos días, accediendo Juan María, pero diciéndoles que se tenían que marchar lo más rápido posible, siendo consciente Juan María de la responsabilidad que acarrea ocultar a un miembro de ETA».

Por todo lo dicho, no cabe duda de que hubo ocultamiento de un miembro de ETA en el domicilio de este acusado, con conocimiento de tal circunstancia, y de que esta conducta es penalmente típica. El motivo, en consecuencia, no puede prosperar y ha de ser desestimado, por cuanto no cabe apreciar la infracción legal denunciada en el mismo.

(Sentencia de 21 de junio de 2005.)

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circulares

CIRCULAR 1/2005, DE 31 DE MARZO, SOBRE APLICACIÓN DE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL OPERADA POR LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE

LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003 sólo menciona en esta materia la novedad de excluir, a estos efectos, del conjunto de la pena impuesta o de las penas impuestas, la pena derivada del impago de la multa. Sin embargo la Ley Orgánica mencionada ha modificado los requisitos de la suspensión, tanto en el caso general como cuando el condenado hubiese cometido el hecho a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2 del artículo 20, ha cambiado las condiciones exigibles para la concesión del beneficio y durante su cumplimiento, y ha alterado el reflejo registral de esta situación.

La amplitud de estos cambios no ha trastocado los rasgos esenciales de la institución. Es importante recordar que, como ya afirmó la STC 209/1993, el artículo 80.1 sólo contempla la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y no la de las penas accesorias, por lo que el hecho de que el artículo 80.3 no las mencione cuando declara que la responsabilidad civil derivada del delito o falta no es susceptible de suspensión, carece de cualquier trascendencia.

El mantenimiento de los aspectos sustanciales de este beneficio explica que la mayor parte de los pronunciamientos efectuados por la Fiscalía General del Estado sobre el mismo conserven vigencia. Procede especialmente tener presentes los criterios establecidos por la Consulta 4/1999, el grueso de los cuales es coincidente con los cambios que la Ley Orgánica 15/2003 ha introducido en esta institución.

1. Modificación del artículo 80.1: requisitos del supuesto general de concesión de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad

Según la actual redacción del artículo 80.1:

Los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada.

En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste.

Antes de la reforma este artículo permitía suspender las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y establecía la peligrosidad criminal del sujeto como único dato que los Jueces o Tribunales debían atender fundamentalmente para motivar su resolución.

1.A) MODIFICACIÓN DEL LÍMITE TEMPORAL DE LAS PENAS SUSCEPTIBLES DE SUSPENSIÓN

El primero de los cambios citados, que hace posible la suspensión de las penas de dos años de duración, ha concordado este artículo con la condición 2.^a del artículo 81, que menciona idéntico tiempo.

A la vez la reforma, al no haber cambiado el artículo 80.2, que sigue citando las penas de libertad inferiores a dos años al fijar el plazo de suspensión aplicable, ha roto la correspondencia entre los dos primeros apartados del artículo.

Ninguna consecuencia ha de extraerse de esta situación, ya que el beneficio alcanza, en cualquier caso, a las penas de hasta dos años de privación de libertad.

El plazo de suspensión máximo para cualquier pena privativa de libertad, salvo para las leves, es el de cinco años, y los señores Fiscales han de interesar del órgano judicial competente que la duración de la suspensión acordada conforme a los artículos 80.1, párrafo 2.º, y 81, sea la adecuada atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena, según prescribe el artículo 80.2.

1.B) LA EXISTENCIA DE OTROS PROCEDIMIENTOS PENALES CONTRA EL REO

El segundo cambio del artículo 80.1 ha supuesto incorporar, junto a la peligrosidad criminal, la existencia de otros procedimientos penales contra el condenado como criterios que deben ser atendidos fundamentalmente por los Jueces o Tribunales al resolver motivadamente la concesión o denegación de la suspensión.

Tales situaciones no constituyen un catálogo cerrado, por lo que el órgano judicial competente ha de decidir sobre la suspensión atendiendo fundamentalmente a ellas y, también, a cualquier otro hecho acreditado que resulte relevante.

Así lo estableció la STC 8/2001, cuando afirmó: *Ahora bien, el artículo 80 CP 1995, que requiere que la decisión de suspensión de la pena atienda a la peligrosidad criminal del condenado –lo que resulta acorde con la finalidad de la institución, la cual tiene como objetivo que la ejecución de las penas privativas de libertad se orienten en lo posible hacia la reeducación y reinserción social–, no exige que sólo se tenga en cuenta la peligrosidad criminal de aquél, en el sentido de que su escasa o nula peligrosidad criminal conlleve siempre la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena; como tampoco el artículo 25.2 CE impone que únicamente se consideren las necesidades de resocialización del condenado. Tanto la doctrina constitucional sobre el artículo 25.2 CE, como las interpretaciones doctrinales sobre el artículo 80.1 CP, se expresan en el sentido de que se trata de ponderar los otros fines de la pena, las necesidades de prevención general y seguridad colectiva.*

No hay duda de que la falta de un registro general de causas penales condicionará la posibilidad de conocer la existencia de procedimientos penales contra una persona, y que serán los sistemas de gestión procesal instalados en cada sede los que determinarán la información disponible sobre el número, clase y estado de tramitación de las causas. Sólo en casos notorios o en supuestos extraordinarios será factible la obten-

ción de datos relevantes más allá de las fronteras que impongan tales sistemas de gestión.

El reconocimiento de la dificultad que presenta esta situación no significa que el Ministerio Fiscal pueda dar por cumplida su función mediante la confección de informes que simplemente se remitan al contenido del previsto en la actual redacción del artículo 292, párrafo 2.º, LECrim, según el cual: *La Policía Judicial remitirá con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos.* Por ello resulta necesario entrar a considerar este tema.

Los Fiscales han de pronunciarse en sus informes sobre la concurrencia de las condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, y, también, tienen que manifestarse a favor o en contra del otorgamiento del beneficio, tomando en cuenta para ello, según el artículo 80.1, párrafo 2.º, todos los datos que resulten relevantes y, entre ellos y fundamentalmente, la peligrosidad criminal y el nuevo criterio legal de existencia de otros procedimientos penales contra la misma persona. Para atender a éste, en primer lugar deben determinar si hay o no tales causas penales y, en caso afirmativo, a continuación es necesario que consideren la trascendencia de este hecho a los efectos de la concesión o denegación de la suspensión de la pena impuesta.

Nos encontramos ante una novedad legislativa que todavía no ha sido suficientemente interpretada. Por ello, para resolver la primera de las dos cuestiones planteadas, y, por tanto, para determinar a partir de qué momento se puede afirmar que un procedimiento existe contra una persona, es necesario acudir a la valoración que los Tribunales han hecho de la similar expresión *cuando el procedimiento se dirija contra el culpable* que el artículo 132.2 emplea en la interrupción de la prescripción del delito.

Respecto de esta locución hay una sólida línea jurisprudencial, ejemplificada en la STS 71/2004, según la cual: *La Jurisprudencia mayoritaria de esta Sala (vide, entre otras, SSTs 147, 162 ó 298/2003, y los numerosos precedentes citados en las mismas) se ha manifestado en el sentido de que la querrela o la denuncia forma ya parte del procedimiento y por ello su presentación es suficiente para producir la interrupción de la prescripción. Así, la sentencia citada en segundo lugar expone que la fecha que ha de tenerse en cuenta para computar el momento en que el procedimiento se dirige contra el culpable es la de la presentación de la denuncia o querrela (o ampliación de ésta), más exactamente, la de su asiento en el Registro General, puesto que es la que permite con mayor seguridad establecer el dies a quo al margen de la mayor o menor diligencia del Juzgado. Esta es la línea de la Jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo. Así la STS. 492/2001, con cita de las precedentes, entre otras, abril de 2006 y 30 de diciembre de 1997, 9, 16 y 26 de julio de 1999, o 6 de noviembre de 2000, señala que: «la denuncia y la querrela con que pueden iniciarse los procesos penales forman parte del procedimiento. Si en las mismas aparecen ya datos suficientes para identificar a los culpables de la infracción penal correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a los efectos de interrupción de la prescripción, sin que sea necesaria, para tal interrupción, resolución judicial alguna de admisión a trámite», añadiendo que lo que pueda ocurrir después de la interrupción, «aunque se trate de una dilación importante en la diligencia de recibir declaración al imputado, no puede servir para que esa interrupción anterior quede sin su eficacia propia». Basta que la declaración de voluntad o de conocimiento del denunciante o querellante fehacientemente se incorpore al registro público judicial para entender que ya existe una actividad penal relevante frente a una persona.*

Aunque dicha jurisprudencia se ciñe a la institución de la prescripción, la identidad sustancial de las expresiones legales de los artículos 80.1, párrafo 2.º, y 132.2, permite afirmar que, también a los efectos previstos en el primero de ellos, existe procedimiento penal contra una persona desde que una denuncia o querrela que le identifique suficientemente es asentada en el Registro General del Juzgado, porque desde ese momento hay una actividad penal relevante frente a él.

Efectivamente, y a diferencia del concepto de peligrosidad, que implica por sí mismo la realización de una valoración, la existencia de otros procedimientos penales en contra del condenado es un mero hecho. La modificación del artículo 80.1, párrafo 2.º, obliga a tomarlo en cuenta respecto de la concesión o denegación de la suspensión de condena, pero no impone la relevancia que se le haya de atribuir. Por tanto, la mera presentación de una querrela o de una denuncia contra una persona es simplemente un dato que el Fiscal tiene que estimar para decidir si tiene o no importancia en orden a la concesión de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad.

Por tanto, una persona está encausada desde entonces, y sigue estándolo mientras la correspondiente causa judicial se encuentra en cualquier fase de su tramitación, incluida la de ejecución. Todas las posibilidades que ofrece esta situación pueden ser relevantes para la aplicación del nuevo criterio legal, excepto aquellas en las que se haya impuesto condena firme por delito doloso anterior, cuyos antecedentes penales no se encuentren cancelados ni sean susceptibles de cancelación, porque la consecuencia que el artículo 81.1 prevé para tal supuesto es la imposibilidad de conceder el beneficio.

Desde el principio de este apartado se ha hecho mención a la dificultad práctica que, con gran probabilidad, existirá para saber qué procedimientos penales existen contra una persona. La misma diversidad de los obstáculos posibles y el excesivo número de situaciones a las que pueden llevar no permiten formular criterios cerrados, pero, al mismo tiempo, obligan a los señores Fiscales a interesarse cuidadosamente en cualquier dato, entre los que debe destacarse la constancia de un número relevante de detenciones y de requisitorias, consignadas en el informe previsto en el artículo 292, párrafo 2.º, LECrim, o la presencia de una situación de prisión provisional acordada en una causa distinta, que pueda indicar la existencia de otros procedimientos penales contra el condenado.

En tal situación los señores Fiscales deberán asumir las iniciativas necesarias para que los extremos relevantes de tales causas sean aportados al procedimiento, para así disponer de todos los datos trascendentes en el momento de emitir informe sobre la concesión o denegación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta.

Con ello queda fijado el sustrato fáctico del nuevo criterio, al que, junto con la peligrosidad criminal, los señores Fiscales deben atender fundamentalmente para basar sus informes sobre la concesión del beneficio, sin perjuicio de la consideración de los demás datos que resulten relevantes.

La trascendencia de dichos criterios tiene que ser determinada teniendo en cuenta el fundamento de la institución, que según la doctrina del Tribunal Constitucional, establecida en la STC 209/1993, y en las resoluciones que ésta cita, es (...) *la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de tan breve duración no sólo impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo (...)* y (...) *evitar el probable*

efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios y respecto de las penas privativas de libertad de corta duración, finalidad explícita en el momento de su implantación.

Por tanto, la concesión de la suspensión exige que la valoración de los criterios del artículo 80.1, párrafo 2.º, y la de cualquier otro dato relevante, refleje la imagen de una persona que, probablemente, no delinquirá en el futuro, por lo que el cumplimiento de la breve privación de libertad ya impuesta no satisfaría ninguno de los fines de la pena, sino que, por el contrario, podría ser determinante de la comisión de nuevos ilícitos penales.

En atención a lo hasta aquí expuesto, si en el correspondiente procedimiento consta acreditada la existencia de otras causas penales contra la persona ya condenada, los señores Fiscales valorarán sus circunstancias a los efectos mencionados en el párrafo anterior, del mismo modo que considerarán cualquier otro hecho que esté acreditado y que tenga trascendencia respecto de la peligrosidad criminal, como puede ser, entre otros, la existencia de diligencias de investigación o informativas tramitadas por el Ministerio Fiscal, y también, aunque no tengan el carácter fundamental que la ley atribuye a los anteriores, atenderán a cualquier otro dato probado que contribuya a formular el pronóstico sobre el futuro comportamiento del condenado al que hace referencia la mencionada jurisprudencia constitucional como punto central de la institución.

2. Modificación del artículo 81.2.ª: condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena

Aunque se trate de aspectos relacionados con el artículo 81, 1.ª, que no ha sido reformado por la Ley Orgánica 15/2003, la necesidad de interpretar el precepto en conjunto hace preciso recordar la vigencia de lo dispuesto en la Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 30 de agosto de 1928, según la cual, a los efectos de excluir la posibilidad de concesión de la suspensión, es indiferente que el delito anterior dé o no lugar a la apreciación de la reincidencia y en la Consulta de la misma Fiscalía de 30 de junio de 1948, en atención a cuyo contenido no se han de tener en cuenta para excluir la concesión de la suspensión de la condena los anteriores delitos que hayan dejado de serlo.

La Ley Orgánica 15/2003 ha cambiado la segunda de las condiciones forzosas de la suspensión de condena. La actual redacción del artículo 81 es:

Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1.ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código.

2.ª Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3.ª 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.

La modificación del artículo 81.2 es doble, porque la reforma ha suprimido la exigencia de que las penas cuya duración es susceptible de ser sumada para alcanzar

el límite que establece hayan sido impuestas en la misma sentencia, y ha declarado que la pena derivada del impago de la multa no es computable a tal fin.

2.A) LA SUPRESIÓN DE LA EXIGENCIA DE QUE LAS PENAS HAYAN SIDO IMPUESTAS EN LA MISMA SENTENCIA

El texto anterior del artículo 81.2.^a impedía la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad que, impuestas en la misma sentencia, con duración unitaria inferior a dos años, por adición entre ellas, superasen ese límite. Tras la reforma, la misma circunstancia niega la posibilidad de suspender la ejecución de las penas de duración inferior a dos años que, sumadas, superen tal frontera, sin hacer mención a que hayan sido impuestas en la misma sentencia.

El informe del Consejo General del Poder Judicial al correspondiente anteproyecto de ley afirmó en este aspecto: *El límite de pena para la suspensión de la ejecución de la pena, establecido en dos años, regirá bien se trate de pena única, bien de la suma de varias condenas, aunque se hubieran impuesto en distintas sentencias (modificación del art. 81.2.^o). Por tanto, se equipara el tratamiento del que es juzgado en un solo proceso por varios hechos, respecto del que lo es en procesos distintos. La modificación es oportuna, pues, incluso, materialmente el concurso de delitos existe aunque los hechos hubieren sido enjuiciados en procesos distintos, pudiendo serlo en uno solo.*

Según este criterio, esta reforma suprime el efecto que, respecto de la suspensión, pudiera tener la frecuente circunstancia de que dos grupos de hechos de igual trascendencia jurídica hubieran sido enjuiciados en un caso en el mismo procedimiento y en otro en varios.

Sin embargo, no es posible suscribir esta interpretación. La lectura conjunta de las condiciones exigidas por el artículo 81 demuestra que la determinación de su presencia o ausencia debe ser realizada dentro del marco impuesto por el fallo de una misma sentencia.

Las condenas previas por delitos dolosos producen sus efectos según lo previsto por la primera condición (art. 81, 1.^a). Las impuestas por delitos imprudentes anteriores son irrelevantes, porque admitir su trascendencia respecto de la segunda condición sería igual que concederles por esta vía el valor que les niega la primera.

Este mismo argumento rechaza la consideración de hipotéticas condenas posteriores. La primera condición exige que el condenado haya delinquirido por primera vez. Negar la posibilidad de conceder el beneficio por suma de condenas posteriores a aquella cuya suspensión se está considerando, hasta superar el límite de dos años, supondría dar aquí trascendencia a lo mismo que es rechazado anteriormente.

Por otra parte, la imprecisión del legislador en cuanto a los límites objetivos o temporales de las posibles condenas computables a estos efectos, y las dificultades prácticas para comprobar en cada caso la concurrencia de este requisito de carácter obstativo, con el riesgo que todo ello entraña para la seguridad jurídica, llevan también a descartar esta interpretación y a abogar por aquella que circunscribe a un mismo proceso el límite temporal establecido.

En consecuencia, la supresión de la expresión *en una misma sentencia* supone una mejoría técnica del texto legal, que elimina una redundancia, pero que no extrae el cálculo del límite de la pena o penas susceptibles de suspensión del ámbito de la sentencia en la que fueron impuestas, y los señores Fiscales continuarán efectuando ese cómputo dentro de ese margen.

Esta conclusión, no obstante, deja plenamente vigente la posibilidad de valorar facultativamente las restantes condenas posteriores para denegar, en su caso, la suspensión por aplicación de lo dispuesto en el artículo 80.1, antes comentado.

2.B) LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DERIVADA DEL IMPAGO DE LA MULTA DEL CÓMPUTO DEL LÍMITE DE LA PENA O PENAS SUSCEPTIBLE DE SUSPENSIÓN

La segunda modificación del artículo 81.2.^a ha excluido la responsabilidad personal derivada del impago de la multa del cómputo del límite de la pena o penas susceptible de suspensión. El objeto del artículo 81.2.^a no es identificar las penas que pueden ser suspendidas, cuestión que trata el artículo 80, sino establecer las reglas para su cálculo, por lo que tras este cambio la ejecución de la responsabilidad impuesta por el impago de la multa sigue siendo susceptible de suspensión.

También en este aspecto continúan vigentes los criterios establecidos en la Consulta 4/1999, de la FGE, según la cual: *No se tendrá en consideración la responsabilidad subsidiaria por impago de la pena de multa a efectos de fijar el cómputo punitivo que ha de ser comparado con el límite de dos años de privación de libertad establecido en el artículo 81.2.^a del CP.*

3. **Modificación del artículo 82 y del artículo 85: el sistema de constancia registral de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad**

La Ley Orgánica 15/2003 ha dado al artículo 82 CP el siguiente contenido:

Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los Jueces o Tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.

Por su parte el artículo 85 ha quedado redactado del siguiente modo:

1. *Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena.*
2. *Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena.*

Las modificaciones experimentadas por el artículo 82 y por el artículo 85 suponen la desaparición del régimen especial que la redacción original del CP 95 estableció para la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes de las condenas cuya ejecución hubiese sido suspendida.

Tras la entrada en vigor de Ley Orgánica 15/2003 la inscripción en el Registro Central de Penados y Rebeldes de las condenas suspendidas se somete al régimen general. En consecuencia, los antecedentes penales constan con independencia de la suspensión y su cancelación atiende el cómputo de los plazos establecido en el artículo 136, mientras que antes de la reforma tales condenas sólo constaban en la Sección especial, de acceso restringido y, en caso de remisión, desaparecían.

Los efectos de la regulación derogada, especialmente en relación con la pena de multa, eran difíciles de asumir, ya que la observancia de la sanción producía la inscripción de la condena en el Registro Central de Penados y Rebeldes, mientras que su incumplimiento, con posterior suspensión de la ejecución de la responsabilidad personal, llevaba la inscripción de la condena a la Sección especial del Registro y, en caso de remisión, producía su cancelación directa, sin que tal antecedente pudiera ser

tenido en cuenta a ningún efecto. En definitiva colocaba en peor situación a quien pagaba la multa frente a quien no la afrontaba.

4. **Reforma del artículo 83.1: las reglas de conducta en relación con los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2**

El artículo 83 CP ha sido modificado por la Ley Orgánica 15/2003. Su texto actual es el siguiente:

1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

1.ª Prohibición de acudir a determinados lugares.

2.ª Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.

3.ª Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.

4.ª Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

5.ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

6.ª Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Si se tratase de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª y 2.ª de este apartado.

2. Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas.

La Ley Orgánica 15/2003 ha mejorado técnicamente la redacción del artículo 83.1, párrafo 1.º, al restablecer la numeración correlativa de las reglas que contiene, pero su verdadera importancia se encuentra en la introducción de un nuevo segundo párrafo, según el cual en los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 resulta preceptivo condicionar la concesión de la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª y 2.ª del apartado.

La aplicación práctica de esta norma puede presentar problemas, porque en los mismos delitos el artículo 57 prevé la imposición, obligatoria en unos casos y facultativa en otros, de las penas accesorias del artículo 48, que no son susceptibles de suspensión, y cuyo contenido y duración no coincide necesariamente con el de las obligaciones o deberes (prohibición de acudir a determinados lugares y 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), cuya exigencia establece el artículo 83.1, párrafo 2.º, si en estos supuestos se suspende la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta.

En efecto, el artículo 57.2, en los delitos mencionados en el artículo 57.1, párrafo 1.º, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 CP, obliga a imponer la pena accesoria prevista en el artículo 48.2 (prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, cuyo contenido es establecido en el propio precepto), por un tiempo cuya duración mínima no fija y por un máximo de diez años para los delitos graves o de cinco para los menos graves.

En los mismos casos, si la pena principal impuesta fuera de prisión, el artículo 57.1 permite imponer las accesorias previstas en el artículo 48.1 y 3 (privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, y prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, con contenido en ambos casos también descrito el propio precepto), por un tiempo superior entre uno y diez años al de la prisión, en caso de delito grave, y entre uno y cinco si el delito fuera menos grave, e impone un período mínimo de duración para la pena accesoria de carácter obligatorio del artículo 48.2.

Por el contrario, el artículo 83 no describe el contenido de las obligaciones o deberes que regula, que, es preciso recordarlo, no son penas sino reglas de conducta.

A la par, la duración de las penas accesorias mencionadas será la fijada en el fallo de la sentencia condenatoria, dentro de los límites establecidos en el artículo 48, mientras que la de las correspondientes obligaciones o deberes será la del plazo de suspensión dispuesto, normalmente, en el auto de concesión del beneficio, en el marco del artículo 80.2.

La coincidencia de ambas consecuencias jurídicas no generará problemas durante su ejecución simultánea. Dado que las penas no privativas de libertad no son susceptibles de suspensión, se iniciará la ejecución de las accesorias. Al mismo tiempo, el condenado cumplirá las prohibiciones u obligaciones impuestas en virtud de la suspensión.

Sin embargo, la mencionada ausencia de una descripción legal del contenido de las obligaciones o deberes impuestos por la suspensión puede crear problemas cuando su duración sea superior a la de las penas accesorias aplicadas.

Piénsese, a título de ejemplo, en una persona a quien por la comisión del delito del artículo 153 se imponga una pena de prisión de tres meses, con las accesorias del artículo 48.1 y 2 por un año más (art. 57.1, pfo. 2.º y 2), y a quien después se le suspenda la ejecución de la pena privativa de libertad por dos años (art. 80.2), y que, en consecuencia, tenga que cumplir las dos primeras medidas del artículo 83.1 durante ese mismo período.

En tal situación, una vez cumplidas íntegramente las penas accesorias, puede plantearse el interrogante de si en ese momento siguen vigentes las prohibiciones con igual contenido que el que les fue fijado como pena accesoria, o si al subsistir únicamente como reglas de conducta varía el alcance y sentido de las mismas.

La trascendencia de los bienes jurídicos protegidos por los delitos de los artículos 153 y 173.2, la necesidad de asegurar la protección de sus titulares, y la adecuación de estos dos rasgos con la naturaleza y fines de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, obligan a establecer criterios dirigidos a disminuir los posibles casos conflictivos.

Ya que el origen de los problemas aludidos es una doble falta de correspondencia de contenido y duración, su prevención ha de partir de la disminución de tales diferencias.

La necesidad de atender a las características de cada hecho y de cada autor desaconseja el establecimiento de criterios generales que puedan incidir en la última

fase de individualización de la pena o en el plazo de concesión de suspensión, por lo que la línea de actuación más eficaz se encuentra en el terreno de la armonización de contenidos.

Con la finalidad de evitar las faltas de correspondencia mencionadas, en todo caso de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por la comisión de los hechos sancionados en los artículos 153 ó 173.2, los señores Fiscales interesarán en sus informes que, si el plazo de suspensión es superior a la duración de las penas accesorias impuestas conforme a los artículos 57 y 48, la resolución judicial correspondiente exprese el contenido de las reglas previstas en el artículo 83.1, 1.^a y 2.^a, en sentido concordante con el establecido en el artículo 48 para las correspondientes penas accesorias.

El artículo 33 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que entrará en vigor a los seis meses de su publicación, ha redactado el que identifica como párrafo segundo del apartado 1, 6.^a, del artículo 83 CP del siguiente modo: *Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.^a, 2.^a y 5.^a de este apartado.*

La vigencia de esta reforma dará lugar, de un lado, a la modificación del presupuesto que hace necesaria la imposición de las obligaciones o deberes previstos en las tres reglas que menciona el precepto, que de estar constituido por los delitos de los artículos 153 y 173.2, pasarán a ser los delitos relacionados con la violencia de género, concepto éste que define el artículo 1.3 de la propia Ley Orgánica 1/2004, y, de otro, a la ampliación del elenco de tales reglas, al añadirse la quinta a las dos primeras.

5. La revocación de la suspensión y de la remisión de la pena: artículos 84 y 85

El Código Penal regula en los artículos 84 y 85.1 el incumplimiento de las obligaciones impuestas al suspenso y en el artículo 85.2 el efecto de su observancia.

Según el artículo 84:

1. *Si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena.*

2. *Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos:*

- a) *Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.*
- b) *Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.*
- c) *Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.*

3. *En los supuestos en los que la pena suspendida fuera la de prisión por comisión de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes señalados en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.*

El artículo 85 dispone:

1. *Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena.*
2. *Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena.*

5.A) LA REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN

El nuevo artículo 84.3, añadido al texto del CP por la Ley Orgánica 15/2003, impone la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta por la comisión de los delitos de los artículos 153 y 173.2, cuando se incumplan las obligaciones o deberes del artículo 83.1, 1.ª y 2.ª.

El efecto previsto por la ley equipara el tratamiento de esta situación con el de la infracción de la obligación de no volver a delinquir, por lo que ambas se constituyen en obligaciones esenciales frente a las demás contempladas en el artículo 83, cuyo incumplimiento sólo permite revocar la suspensión cuando fuera reiterado.

El artículo 84.3 no prevé la tramitación que el órgano judicial haya de seguir para acordar la revocación de la suspensión ante el incumplimiento de las obligaciones o deberes a los que se refiere. El respeto del derecho de defensa y la identidad de la consecuencia prevista en este apartado con la última del número anterior [art. 84.2.c)], obliga a exigir en ambos casos idénticos requisitos, concretados en la concesión de audiencia de las partes y decisión mediante auto.

En ocasiones el suspenso infringe las obligaciones o deberes que le fueron impuestos, con el consentimiento de quien fue la víctima de los hechos castigados por los artículos 153 y 173.2. Cuando así ocurre también suele presentarse la paradójica situación de tener que aplicar el artículo 84.3, lo que da lugar a la revocación de la suspensión y al ingreso en prisión, contra la voluntad de la persona para cuya protección la ley prevé estas consecuencias. El choque del mandato legal con el deseo del titular del bien jurídico afectado genera en estas ocasiones un contexto extraño que obliga a los Fiscales a asumir una doble iniciativa que, aunque en principio pueda parecer contradictoria, constituye la única posibilidad de conjugar ambos.

En estos casos, los señores Fiscales, cumpliendo su misión constitucional de defender la legalidad, deben promover la observancia del artículo 84.3, y, por tanto, han de instar la ejecución de la pena de prisión, previa revocación de la suspensión. Sin embargo, el estricto acatamiento de esta obligación no implica que la voluntad de la víctima tenga que ser siempre desoída.

Cuando se produzca la situación a la que nos venimos refiriendo, los señores Fiscales valorarán con la máxima prudencia si las circunstancias del caso obligan a tomar en cuenta los argumentos expuestos por la víctima en contra de la ejecución de la pena. En caso afirmativo, aun cuando en virtud de lo dispuesto por el artículo 84.3 deben interesar la revocación del beneficio y el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, si las circunstancias lo hacen necesario, pueden utilizar la facultad prevista en el artículo 20 de la Ley de 18 de junio de 1870 y proponer el indulto de la misma, y, con base en el artículo 4.4 CP, la suspensión de su ejecución hasta que se resuelva la concesión o denegación del beneficio.

El artículo 34 de la Ley Orgánica 1/2004 ha dado al artículo 84.3 CP la siguiente redacción: *En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la*

pena. Las observaciones realizadas *supra* al considerar la modificación del artículo 83.1 CP por la misma Ley Orgánica, en cuanto al concepto de los delitos relacionados con la violencia de género, el período de *vacatio legis* de la reforma, la modificación del presupuesto de aplicación del precepto y la ampliación del elenco de reglas, deben tenerse por reproducidas en este lugar.

5.B) LA REVOCACIÓN DE LA REMISIÓN

Los artículos 84 y 85 siguen sin declarar expresamente si procede ejecutar la pena suspendida, previa revocación de la suspensión y de la remisión, cuando, después de concedida ésta, se tenga conocimiento de que, durante el plazo del beneficio, el condenado volvió a delinquir o, en su caso, incumplió las reglas de conducta impuestas.

Esta duda nació cuando el CP 95 derogó la Ley de 17 de marzo de 1908, sobre condena condicional, sin introducir ningún precepto análogo a su artículo 14, que disponía el cumplimiento de la pena suspendida cuando el reo fuese condenado después del plazo de suspensión por hecho cometido dentro del mismo, salvo el caso de prescripción.

Bajo la vigencia del CP 95 la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha venido mantenido que se debe ejecutar la pena suspendida, ya que el auto de remisión de la misma se encuentra sometido a la previa condición resolutoria de no haber delinquir durante el período de suspensión, por lo que sus efectos jurídicos perviven en tanto no se produzca la misma. La misma doctrina afirma que, en tal situación, la dicción imperativa de los artículos 84 y 85 da lugar a la ejecución de la pena suspendida y remitida, porque en el artículo 84.1 ordena proceder a la ejecución de la pena, sin exceptuar de este mandato los casos en los que se hubiera dictado auto de remisión.

Esta conclusión se ve reforzada, de un lado, porque la ausencia en el ordenamiento vigente de un precepto paralelo al artículo 14 de la derogada Ley de 1908, no ha de interpretarse como un cambio de criterio legislativo sino sólo como la constatación de la imposibilidad de recoger en el Código Penal toda la tramitación procesal de la institución; y, de otro, porque esta solución evita el efecto criminógeno que produciría en otro caso la cercanía del fin del plazo de suspensión.

La Ley Orgánica 15/2003 ha añadido una nueva causa de extinción de la responsabilidad criminal a las ya existentes. El nuevo motivo, contenido en el artículo 130, 3.º, declara que la responsabilidad criminal se extingue *por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de este Código*, y obliga a decidir si tiene alguna trascendencia sobre la situación previa.

La respuesta ha de ser negativa porque el reenvío que realiza el artículo 130, 3.º liga directamente la desaparición del *ius puniendi* con la remisión pero, también, con su presupuesto fáctico: que el sujeto no hubiese delinquir y que, en su caso, hubiera cumplido las reglas de conducta impuestas, por lo que, de no producirse esta situación, no procede la extinción.

Por ese motivo la comisión de un delito o la infracción de una regla de conducta durante el plazo de suspensión ha de dar lugar a la revocación del beneficio, incluso aunque se hubiera acordado la remisión y la extinción de la responsabilidad criminal, dejando a salvo la posibilidad de que ésta se hubiese extinguido por la concurrencia de cualquiera otra de las causas previstas en el artículo 130 del Código.

En definitiva, y pese a hacer referencia a las normas aplicables antes de la entrada en vigor del CP 95, cabe afirmar la vigencia de la doctrina establecida en la Consulta 3/1983, ratificada por la Consulta 1/1995, ambas de la Fiscalía General del Estado,

según la cual la suspensión concedida no se puede revocar por la comisión de delitos anteriores al acto de concesión, con independencia del momento en el que hubieran sido sentenciados, y la revocación de su concesión procede si los hechos delictivos se cometieron durante el plazo de suspensión, siendo intrascendente que la correspondiente sentencia fuera dictada después de su finalización.

Por tales razones, cuando tras la remisión de la pena, se descubra que durante el plazo de suspensión se cometió un delito o se infringieron las reglas de conducta impuestas, en este caso en las circunstancias previstas para producir el efecto revocatorio, los señores Fiscales continuarán interesando de los órganos judiciales la revocación de la declaración de extinción de la responsabilidad criminal, de la remisión y de la propia suspensión, y la ejecución de la pena impuesta.

Por los mismos motivos los señores Fiscales no se opondrán a que, una vez transcurrido el plazo de suspensión y, no constando en la correspondiente hoja histórico penal la comisión de nuevos delitos, ni tampoco, en su caso, la infracción de las reglas de conducta impuestas, se acuerde la extinción de la responsabilidad criminal, pero harán constar expresamente en sus informes que tal declaración se encuentra condicionada a lo dispuesto en el artículo 85.2 CP, y se opondrán a los intentos de automatizar la declaración de extinción de la responsabilidad criminal sin la previa realización de las correspondientes comprobaciones.

6. Reforma del artículo 87.1 y 87.4: suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias del artículo 20.2

El vigente texto del artículo 87 CP es:

1. Aun cuando no concurren 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.

El Juez o Tribunal solicitará en todo caso informe del Médico forense sobre los extremos anteriores.

2. En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

3. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años.

4. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar, así como su finalización.

5. *El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.*

Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.

En el artículo 87.1 la Ley Orgánica 15/2003 ha elevado a cinco años el límite máximo de las penas privativas de libertad cuya suspensión cabe según lo previsto en este artículo, ha suprimido el impedimento consistente en la habitualidad del reo y ha establecido un informe preceptivo del Médico forense sobre las condiciones cuyo cumplimiento exige para la concesión de la suspensión. En el artículo 87.4 la reforma ha establecido una periodicidad mínima anual para la emisión de los informes que han de presentar los centros o servicios en los que el condenado reciba deshabitación.

Dado el carácter especial de la modalidad de suspensión prevista en el artículo 87, los señores Fiscales, antes de emitir sus dictámenes sobre ella, comprobarán que los informes mencionados en el apartado 1 se encuentran unidos a la causa, y, cuando las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto hagan aconsejable una periodicidad inferior a la prevista en el apartado 4, la interesarán expresamente en los dictámenes que confeccionen.

La modificación experimentada por el apartado 4 del artículo no ha de ser interpretada en desconexión con el resto de los preceptos que disciplinan la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, por lo que los penados a los que se haya concedido el beneficio por esta vía especial también podrán ser sometidos al cumplimiento de alguna o de todas las reglas de conducta establecidas en el artículo 83.1, si la pena suspendida fuese de prisión.

LAS MODIFICACIONES EN EL SISTEMA DE SUSTITUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: ARTÍCULOS 88 Y 94

Como consecuencia de la desaparición de la pena de arrestos de fin de semana, tras la reforma, el artículo 88.1, párrafo 1.º, permite sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, expresa el módulo para su conversión, y contempla la posibilidad de imponer la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el artículo 83, cuando no hubieran sido impuestos como penas, sin que su duración pueda exceder de la pena sustituida.

También a causa de la supresión de los arrestos de fin de semana el artículo 88.1, párrafo 2.º, regula la sustitución de las penas de prisión superiores a un año e inferiores a dos por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

El nuevo párrafo 3.º contiene una excepción a lo previsto en los dos anteriores, pues, cuando la condena hubiera sido impuesta por el delito del artículo 173.2, sólo será posible sustituir la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad, debiendo imponerse necesariamente la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y la observancia de las obligaciones o deberes del artículo 83.1, 1.ª y 2.ª.

El texto vigente del artículo 88 es:

1. *Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.*

Excepcionalmente, podrán los Jueces o Tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.

En el caso de que el reo hubiera sido condenado por el delito tipificado en el artículo 173.2 de este Código, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código.

2. *En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente.*

3. *En ningún caso se podrán sustituir penas que sean substitutivas de otras.*

Las modificaciones introducidas presentan diversos puntos que deben ser destacados.

1. **La sustitución de las penas de prisión que no excedan de dos años**

El artículo 88.1, párrafo 2.º, permite excepcionalmente sustituir la pena de prisión que contempla, además de por multa, por multa y por trabajos en beneficio de la comunidad. Esta segunda opción plantea el interrogante de si es posible sustituir toda la prisión impuesta por la misma cantidad de días de trabajo en beneficio de la comunidad y, además, por la doble cantidad de días multa, o si, por el contrario, los días de prisión convertidos en días de trabajos en beneficio de la comunidad no podrán ser computados para su sustitución por multa y viceversa.

La preferencia por esta segunda posibilidad resulta obvia si se repara en que el párrafo 2.º se remite al anterior que expresamente afirma *sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo*, por lo que los días convertidos en una de las penas substitutivas aplicables no podrán ser tenidos en cuenta para su conversión en la otra.

Los señores Fiscales deben tener presentes los criterios establecidos en el apartado V.-2 de la Circular 2/2004, respecto de la duración máxima de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad cuando se sustituyan penas de prisión de hasta dos años. En tal caso, para evitar la imposición de un número de jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad que pudiera tener un efecto desocializador, será necesario respetar el límite máximo de un año establecido en el artículo 40.4, y sustituir por multa el resto de pena no sustituida por dichos trabajos.

2. La imposición de reglas de conducta

Con notorio paralelismo a lo previsto para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, las reglas de sustitución en ciertos casos permiten, y en otros obligan, a la imposición de reglas de conducta previstas en el artículo 83 CP. Tal situación genera ciertas dudas que deben ser afrontadas.

El artículo 88.1, párrafo 2.º, no prevé expresamente la posibilidad de imponer las obligaciones o deberes del artículo 83 en los casos de sustitución de penas de prisión de hasta dos años de duración. La remisión de su inciso final a los requisitos, términos y módulos previstos en el párrafo anterior no parece constituir una base suficiente para proclamar la aplicabilidad analógica del mismo a este caso. No obstante ello, la interpretación conjunta de ambos párrafos permite concluir que, cuando se sustituya una pena de prisión superior a un año e inferior a dos, también será posible imponer las reglas de conducta previstas en el artículo 83.1, porque carecería de sentido poder aplicarlas a un supuesto de menor gravedad y no a uno de mayor entidad, especialmente cuando en ambos casos la única pena sustitutiva puede ser la de multa.

El supuesto previsto en el artículo 88.1, párrafo 3.º, dará lugar a una situación sustancialmente idéntica a la causada por la suspensión de la ejecución de la pena impuesta por la comisión de los delitos de los artículos 153 y 173.2., ya que la sustitución de la pena privativa de libertad tampoco afecta a la ejecución de las accesorias impuestas. En ambos casos concurrirán accesorias y reglas de conducta en la manera descrita al examinar la suspensión de la condena.

La coincidencia de las dos situaciones, con superposición en ambas de penas accesorias y de obligaciones o deberes de diferente duración, obliga a remitirse a lo expuesto extensamente respecto de la intervención del Ministerio Fiscal en estos casos.

El artículo 35 de la Ley Orgánica 1/2004 ha dado al artículo 88.1, párrafo 3.º, CP la siguiente redacción: *En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª y 2.ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código.* La modificación entrará en vigor en la misma fecha que las realizadas por la misma Ley Orgánica en el texto de los artículos 83.1 y 84.3, a las que se ha hecho referencia *supra* y su alcance se agota en el cambio del presupuesto al que hace mención el precepto, tal y como se expuso al comentar la reforma del primero de los artículos modificados, cuyas observaciones en relación con la definición de los delitos relacionados con la violencia de género son igualmente reproducibles en este momento.

3. La infracción de las reglas de conducta

El artículo 88 no establece ninguna consecuencia jurídica para la infracción de las reglas de comportamiento del artículo 83.1 cuando éstas hayan sido impuestas en virtud de lo previsto en él y, por tanto, no estén siendo ejecutadas penas accesorias de igual contenido. El régimen previsto en el apartado 2 del artículo para el incumplimiento total o parcial de la pena sustitutiva no resulta aplicable, en primer lugar, porque el propio precepto declara expresamente la incompatibilidad de tales reglas con las mismas obligaciones o deberes que hayan sido impuestas como penas en la sentencia, lo que implica una naturaleza diferente, y, en segundo término, porque las normas para el abono de la pena sustitutiva parcialmente cumplida a la de prisión inicialmente impuesta no resultan utilizables cuando se trata de las obligaciones o deberes mencionados, en los que no existe la regla de conversión del apartado siguiente.

A pesar de ser una consecuencia profundamente insatisfactoria, no parece posible que los señores Fiscales asuman ninguna iniciativa cuando se constate el incumplimiento en este ámbito de las reglas de conducta impuestas.

4. Los programas de reeducación y tratamiento psicológico

El artículo 88.1, párrafo 3.º, carece de referencias tanto respecto de los caracteres de los programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico a los que hace mención como de la acreditación que se pueda exigir a las personas o entidades llamadas a desarrollarlos. Los señores Fiscales, ante tal ausencia, valorarán prudencialmente la posibilidad de reclamar de los médicos forenses o de los servicios sociales correspondientes los informes necesarios para poder informar adecuadamente acerca de tales programas.

5. El concepto de reo habitual

El artículo 94 ha quedado redactado de la siguiente manera:

A los efectos previstos en la sección 2.ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.

Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad.

Como consecuencia de la reforma del artículo 94 la aplicación del concepto de reo habitual ha quedado restringida a la sección segunda del capítulo, que contiene los artículos 88 y 89. La nueva redacción incluye un nuevo párrafo 2.º que regula el cómputo del plazo de cinco años.

En realidad la remisión a la sección segunda del capítulo afecta, única y exclusivamente, al artículo 88.1, párrafos 1.º y 2.º, porque ambos excluyen la posibilidad de sustituir la pena a los reos habituales.

Dentro del segundo párrafo ha de entenderse que la mención de la posible suspensión carece de función, al haber desaparecido la trascendencia que tenía la habitualidad en la denegación de la suspensión de la pena prevista en el artículo 87.

Debe considerarse como únicamente subsistente la referencia a la posible sustitución, que no se podrá conceder cuando, en el plazo de cinco años anteriores al momento de la firmeza de la sentencia cuyo contenido sancionador se pretende sustituir, conste acreditada la comisión de al menos tres delitos del mismo capítulo, sentenciados en firme.

En aplicación de este precepto los señores Fiscales se opondrán a la sustitución de la pena en un procedimiento cuando en el plazo de cinco años anteriores conste la comisión y la condena por otros dos delitos comprendidos en el mismo capítulo que el delito objeto de la causa en cuestión, ya que éste será precisamente el tercero.

LA REFORMA DEL ART. 92: EL PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EXTRAORDINARIA

La reforma de la Ley Orgánica 15/2003 ha supuesto la adición de dos nuevos apartados al artículo 92, cuyo contenido, aunque principalmente referido al procedimiento aplicable a la tramitación de la posibilidad de conceder la libertad condicional a internos de más de setenta años de edad o aquejados por enfermedades muy graves con padecimientos incurables, también presenta un relevante aspecto material.

El artículo 92 presenta este texto:

1. *No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional.*

El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables.

2. *Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.*

3. *Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del Médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, previa en su caso la progresión de grado, autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior, todo ello sin perjuicio del seguimiento y control previstos por el artículo 75 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.*

La tramitación prevista en los apartados 2 y 3 del artículo es concordante con la establecida en el artículo 196 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, de Reglamento Penitenciario.

Ya antes de la reforma el carácter facultativo de la concesión de la libertad condicional en estos casos quedaba establecido por la última frase del primer párrafo del precepto, según el cual: ..., *podrán obtener la concesión de la libertad condicional*. Los requisitos introducidos por la Ley Orgánica 15/2003 al regular los trámites de

dicha concesión refuerzan la exclusión de una concesión automática de la libertad condicional en estos casos.

El nuevo apartado 2 introduce la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto como criterios que el Juez de Vigilancia Penitenciaria ha de considerar, junto con las circunstancias personales y entre ellas las del primer apartado, para resolver el expediente de libertad condicional. Por esta razón será preciso constatar que, junto con la edad o con la enfermedad, estos u otros motivos han dado lugar a una situación de limitación de la potencialidad delictiva del sujeto.

La misma valoración de las circunstancias personales del sujeto, de su dificultad para delinquir y de su escasa peligrosidad, debe ser realizada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo requerimiento al centro penitenciario del informe de pronóstico final, en los casos del apartado 3, en los que la edad o la enfermedad produzcan patente peligro para la vida del interno, situación que debe quedar acreditada por sendos dictámenes del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento en el que se encuentre ingresado y que, en su caso, previa la progresión a tercer grado si el interno no se encontrase clasificado en él, dará lugar a la posibilidad de autorizar la libertad condicional.

La adecuada consideración del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 92 requiere que los señores Fiscales tengan presente, por ser de completa aplicación a los establecidos tras la reforma, lo manifestado respecto del supuesto del artículo 92.1, párrafo 2.º, por la STC 48/1996, según la cual: *La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el Código Penal, entre ellas, como aquí ocurre, la menor peligrosidad de los así libertos por su misma capacidad disminuida. En definitiva no pietatis causa sino por criterios enraizados en la Justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble de otra guisa.*

LA REFORMA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. **La modificación de las disposiciones generales sobre las medidas de seguridad. Artículos 95 a 100**

El artículo 95.2, en su actual redacción, dispone que:

Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3.

Y según el artículo 99:

En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de

aquella, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3.

En ambos preceptos se ha sustituido la remisión al artículo 105 por la referencia al artículo 96.3, como consecuencia de la introducción en este último del siguiente catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad:

- 1.^a *La inhabilitación profesional.*
- 2.^a *La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.*
- 3.^a *La obligación de residir en un lugar determinado.*
- 4.^a *La prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.*
- 5.^a *La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.*
- 6.^a *La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.*
- 7.^a *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.*
- 8.^a *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.*
- 9.^a *La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.*
- 10.^a *La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.*
- 11.^a *La sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario.*
- 12.^a *El sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.*

1.A) LA DURACIÓN MÁXIMA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Sin perjuicio de dejar constancia de que el establecimiento de un catálogo de medidas supone una mejoría técnica, al suprimir la necesidad de remitirse a otro precepto, hay que destacar que el artículo 96.3 no establece la duración de las medidas de seguridad no privativas de libertad que regula.

Los límites temporales que impone el artículo 105 a la duración de las medidas de dicha naturaleza sólo rigen cuando sean aplicadas conjuntamente con otras privativas de libertad. Por tanto el Código no condiciona, al menos expresamente, la duración de las medidas no privativas de libertad impuestas autónomamente.

Esta situación obliga a decidir si, en tales ocasiones, estas consecuencias jurídicas están sometidas a los límites previstos en el artículo 105, si les resultan aplicables otros marcos temporales o, por último, si están exentas de referencias de esa clase, ya que, dejando de lado el supuesto del artículo 96.3.2.^a, en el que la medida se agota en la propia expulsión, sin perjuicio del período de prohibición de regresar a España (art. 108.2 CP), en los demás casos cabe la posibilidad de establecerles una duración.

El artículo 6.2 prohíbe la existencia de medidas de seguridad de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido cuando afirma que *Las medi-*

das de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor. En aplicación de este precepto el plazo de las medidas de seguridad del artículo 96.3 en ningún caso podrá ser mayor que el previsto para la pena de igual contenido.

Este artículo ha sido interpretado de manera coincidente por la Fiscalía General del Estado, fundamentalmente en la Consulta 5/1997, de 24 de febrero, y por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en pronunciamientos relativos a la medida de internamiento, pero cuyos criterios resultan perfectamente generalizables.

Según la doctrina del Tribunal Supremo, establecida, entre otras, en la STS 1176/2003, de 12 de septiembre y en la STS 2.107/2001, de 12 de noviembre, la sentencia, absolutoria respecto de la pena, tiene que establecer el límite máximo de la medida de seguridad, especialmente cuando ésta consista en privación de libertad. Tal límite máximo lo constituye, a tenor del artículo 6.2, el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad considerada en abstracto. Pena considerada en abstracto es la resultante de la aplicación de las reglas legales de determinación de la pena y no la que en el caso concreto hubiera sido impuesta de no haberse apreciado la concurrencia de una circunstancia eximente, completa o incompleta.

A este respecto la primera de las dos resoluciones mencionadas afirmó: *A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, y también en España antes del CP 95, ahora bajo la vigencia de este último código, hay que fijar en la sentencia (absolutoria respecto de la pena) el límite máximo de la medida de seguridad, particularmente, cuando ésta consiste en privación de libertad. Así lo manda dicho código en su artículo 101.1, que también nos dice el criterio para tal fijación del límite máximo: el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, pero considerada en abstracto, tal y como lo precisa el artículo 6.2 del mismo CP 95 y conforme lo interpreta la circular de la Fiscalía General del Estado al responder a la Consulta número 5/1997, de 24 de febrero.*

Esta referencia a la «pena abstractamente aplicable al hecho cometido», como literalmente se dice en ese artículo 6.2, entendemos que ha de referirse a la prevista en el correspondiente artículo definidor del delito teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 61 a 64 a propósito del grado de ejecución, (consumación y tentativa) y de participación (autoría y complicidad) y sin consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter genérico (arts. 21, 22 y 23). Así habrá de fijarse en la sentencia absolutoria el límite máximo de la medida privativa de libertad, siempre con la correspondiente motivación exigible para todo el contenido de la sentencia (art. 120.3 CE), con lo que quedarán satisfechas las exigencias propias de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica.

Como consecuencia de la absolución por inimputabilidad del acusado no hubo de imponerse pena, pero la medida de seguridad correspondiente tenía como límite máximo el que viene determinado por la pena a aplicar considerada en abstracto.

La cuantía concreta de ese límite máximo ha de determinarse prescindiendo de la culpabilidad, que es el fundamento de la pena, culpabilidad que no existió por la mencionada inimputabilidad, y teniendo en cuenta la peligrosidad del sujeto, que constituye el fundamento de la medida de seguridad.

Como se ha dicho esta interpretación es coincidente con la realizada por la mencionada Consulta 5/1997 de la Fiscalía General del Estado, que, respecto del artículo 6 CP, afirmó: *Como puede observarse, el precepto transcrito –cuya inclusión sistemática en el título preliminar le confiere un singular valor interpretativo– despeja las incertidumbres que puedan militar en favor de las distintas argumentacio-*

nes, pues ahí no se distingue entre unas u otras medidas de seguridad, ni del carácter completo o incompleto de la eximente que provoque su aplicación. Se impone un límite y éste viene predefinido en el tipo, con independencia de cualquier tentación individualizadora que, por efecto de la inimputabilidad –plena o semiplena– carece de justificación.

Por tanto los señores Fiscales, en todos los supuestos en los que se acuerde la imposición autónoma de una o más de las medidas de seguridad contempladas en el artículo 96.3, sin perjuicio de las ocasiones en las que las circunstancias del hecho y de la persona aconsejen la fijación de límites temporales inferiores, consignarán en sus informes la necesidad de establecer como duración máxima de la medida impuesta la resultante de la aplicación del artículo 6.2 en la interpretación que del mismo realizan la Fiscalía General del Estado y la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

1.B) LAS FACULTADES DE CONTROL DEL JUEZ O TRIBUNAL SENTENCIADOR

Tras la reforma del primer párrafo del artículo 97 las facultades de control del Juez o Tribunal sentenciador sobre las medidas de seguridad impuestas durante la ejecución de la sentencia han perdido su naturaleza facultativa y han pasado a tener carácter necesario. Además, las tres posibilidades que contemplaba el párrafo han sido completadas mediante la adición de una nueva, consistente en el mantenimiento de la ejecución de la medida impuesta. Estas han sido las únicas modificaciones con verdadero alcance, toda vez que el nuevo final del apartado c), en el que se ha expresado que, si acordada la sustitución, la evolución del sujeto bajo la nueva situación fuese desfavorable, procederá dejar sin efecto la nueva medida y volver a aplicar la sustituida, debe ser considerado una mejoría técnica.

Los señores Fiscales tomarán en consideración que, bajo el nuevo régimen, el Juez o Tribunal sentenciador se encuentra obligado a dictar al menos una vez al año, a instancia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, un auto con alguno de los contenidos previstos en las letras a) a d) del párrafo primero del artículo 97, por lo que interesarán de dichos órganos que lo hagan así, sin que tras la reforma pueda entenderse correcto el mantenimiento de la previa situación sin la existencia de la mencionada resolución.

1.C) LA DEDUCCIÓN DE TESTIMONIO POR QUEBRANTAMIENTO

La Ley Orgánica 15/2003 ha modificado el artículo 100 y ha impuesto al Juez o Tribunal la deducción de testimonio por el quebrantamiento de cualquier medida de seguridad, previsión que antes sólo se establecía respecto de las de internamiento:

- 1. El quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar a que el Juez o Tribunal ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado.*
- 2. Si se tratare de otras medidas, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad.*
- 3. En ambos casos el Juez o Tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento.*

Con ello se ha adecuado la redacción del artículo 100 con la del artículo 468, cuyo ámbito afecta a la infracción de cualquier clase de medida de seguridad.

Por otra parte, el actual texto del artículo omite la mención que previamente realizaba al artículo 104. Esta remisión restringía los casos en los que había de deducirse testimonio a aquéllos en los que la medida de seguridad hubiera sido impuesta tras la apreciación de una eximente incompleta y no contemplaba dicha actuación cuando se hubiese apreciado una plena exención de responsabilidad criminal por concurrir alguno de los supuestos de los tres primeros números del artículo 20.

La actual redacción del artículo impone la deducción de testimonio por el quebrantamiento de la medida, tanto privativa como no privativa de libertad, sin atender al carácter completo o incompleto de la circunstancia eximente que dio lugar a su imposición. Ha de ser en el ulterior procedimiento tramitado por el quebrantamiento donde se valore si en el momento de realización de este hecho resultaba apreciable alguna alteración de la capacidad de culpabilidad de la persona.

Por estos motivos los señores Fiscales, producido el quebrantamiento de cualquier medida de seguridad, interesarán del Juez o Tribunal la correspondiente deducción de testimonio y, atendiendo a las posibilidades de reingreso o sustitución que ofrecen los dos primeros apartados del artículo, interesarán igualmente, previa la aportación a la ejecutoria de los informes que puedan resultar pertinentes, el mantenimiento o la modificación de la medida infringida en los términos previstos en el precepto.

2. La modificación de las reglas de aplicación de las medidas de seguridad: artículos 104.2 y 105

2.A) LA COMUNICACIÓN DE LA PROXIMIDAD DEL VENCIMIENTO DE UNA MEDIDA DE INTERNAMIENTO.

La Ley Orgánica 15/2003 ha añadido un apartado 2 al artículo 104, cuyo texto es:

Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el Juez o Tribunal sentenciador comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

Según la mencionada disposición adicional: *Cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1.º y 3.º del artículo 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil.*

El artículo 104.2 es subsidiario respecto de esta disposición, ya que sólo será aplicable cuando no se haya acordado la declaración de incapacidad o el internamiento conforme a lo previsto en ella y, por tal motivo, proceda iniciar los trámites pertinentes a tal fin al aproximarse la fecha de finalización de la medida de internamiento.

La correspondencia entre el nuevo precepto, que incluye los casos de aplicación de los artículos 20.1, 20.2, 20.3 y 21.1, éste en relación a los anteriores, y la disposición adicional a la que se remite, que sólo cita el artículo 20.1 y el 20.3, no es completa. Tal falta de concordancia es intrascendente. La nueva previsión es consecuencia de la necesidad de evitar que, al vencimiento de una medida de inter-

namiento impuesta por la apreciación de situaciones que pudieran implicar la falta de capacidad de una persona para gobernarse a sí misma, quede ésta ayuna de la asistencia que pudiera precisar, y su finalidad es posibilitar el ejercicio de las facultades que el ordenamiento jurídico atribuye al Ministerio Fiscal en tales casos.

El cumplimiento de este precepto por los integrantes del Ministerio Fiscal no obsta al del resto de sus obligaciones frente a las personas que pudieran estar afectadas por alguna clase de discapacidad, y, señaladamente, la observancia de las que les impone la disposición adicional primera del Código, para determinar la procedencia de instar la declaración de su incapacidad, conforme al artículo 757 LEC o, en su caso, su internamiento, conforme al artículo 763 LEC.

Para atender a la nueva previsión legal, los señores Fiscales, en el caso de que la declaración de incapacidad o el internamiento no hubiesen sido acordados con anterioridad según lo previsto en la disposición adicional primera CP, interesarán en sus informes relativos al establecimiento o ejecución de la medida de internamiento que, próximo el vencimiento de la misma y con la suficiente antelación, les sea conferido por el Juez o Tribunal sentenciador el traslado previsto en el artículo 104.2, a los efectos ya mencionados.

2.B) LAS NUEVAS MEDIDAS DE SEGURIDAD DEL ARTÍCULO 105

La Ley Orgánica 15/2003 ha dado nueva redacción al artículo 105:

En los casos previstos en los artículos 101 a 104, el Juez o Tribunal cuando imponga la medida privativa de libertad, o durante la ejecución de la misma, podrá acordar razonadamente la obligación de que el sometido a la medida observe una o varias de las siguientes medidas:

1. *Por un tiempo no superior a cinco años:*
 - a) *Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario.*
 - b) *Obligación de residir en un lugar determinado.*
 - c) *Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.*
 - d) *Prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.*
 - e) *Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.*
 - f) *Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo profesional, de educación sexual y otros similares.*
 - g) *Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.*

2. *Por un tiempo de hasta diez años:*

- a) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.*
- b) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.*

Para decretar la obligación de observar alguna o algunas de las medidas previstas en este artículo, el Juez o Tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios de la Administración correspondiente informarán al Juez o Tribunal sentenciador.

Las modificaciones en el artículo 105 han cambiado su párrafo inicial, refiriéndolo en su contenido a los supuestos de concurrencia de medidas privativas de libertad y de no privativas de libertad. Además, como novedad, permiten imponer la prohibición de acudir a espectáculos deportivos o culturales o la de visitar establecimientos de juego, contemplan la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y han dado carácter necesario y no vinculante a los informes de los encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad.

La modificación del artículo 105.1.d), que, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 96.3, 5.ª, extiende a territorios y a espectáculos deportivos o culturales la previamente existente prohibición de acudir a determinados lugares, y que amplía a los de juego la de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, pone de relieve las dificultades que puede presentar el control del cumplimiento de las previsiones que realiza.

La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios difícilmente se explicará por características propias de éstos y, con mayor probabilidad, habrá de justificarse en razón de las personas relacionadas con ellos, lo que, junto con las características de determinación que exige el precepto, podrá facilitar el control necesario.

Sin embargo, cuando se trate de la prohibición de acudir a determinados espectáculos deportivos o culturales o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego, la situación es diferente. Si el control del acceso a estos últimos es factible al existir una normativa administrativa aplicable, en los demás casos parece cuestionable la posibilidad de controlar el cumplimiento de la medida sin acudir a otra no prevista, como es la de imponer a la persona la obligación de permanecer en su domicilio o de acudir a determinados lugares, ya que obviamente no es viable intentar convertir a los responsables de los espectáculos o lugares mencionados en obligados colaboradores de la autoridad judicial.

En atención a tales dificultades, los señores Fiscales, cuando resulte pertinente la imposición de alguna de las prohibiciones mencionadas, prestarán especial atención a las características de determinación que exige el artículo 105.1.d) respecto de los lugares, territorios o espectáculos a los que se refiera la decisión judicial, e interesarán del Juez o Tribunal que acuerde lo necesario para que las fuerzas policiales controlen, con el alcance que resulte posible en función de las circunstancias concurrentes (entre las que se puede citar el tamaño de la localidad, la clase de espectáculo, el aforo del local, la existencia de sistemas técnicos de control de acceso o el conocimiento personal del obligado por parte de los agentes policiales), el cumplimiento de la medida impuesta y, respecto de los establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego, atendidas las circunstancias de cada caso, propondrán las actuaciones que puedan resultar eficaces para lograr el mayor control del cumplimiento de la medida acordada.

LA MODIFICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS: ARTÍCULOS 127 Y 129

1. El comiso

La reforma ha modificado ampliamente el artículo 127:

1. *Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.*

2. *Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.*

3. *El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.*

4. *Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.*

Las modificaciones operadas por la Ley Orgánica 15/2003 en el artículo 127 han consistido básicamente en la ampliación de los objetos susceptibles de comiso mediante la adición de los bienes y los medios al concepto de instrumentos; la extensión de esta consecuencia a los objetos que hayan servido para preparar el delito o falta dolosos y a las ganancias provenientes de las faltas; la introducción del comiso de valor equivalente y del comiso en situaciones de exención o extinción de la responsabilidad criminal, en este último caso si se acreditase la situación patrimonial ilícita; y la modificación de las reglas sobre el destino de los bienes decomisados.

El texto actual del Código Penal sigue exigiendo la existencia de una relación entre el comiso y la infracción penal de la que es consecuencia accesoria. Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003 tal relación era de accesoriadad máxima porque la ley condicionaba el comiso a la imposición de una pena, lo que exigía que la trasgresión de referencia fuera un hecho típico, antijurídico, culpable y punible. En el momento presente, para acordar el comiso, la acción tiene que ser típica y antijurídica.

Las innovaciones experimentadas por el artículo 127 hacen preciso que los señores Fiscales tengan presente en todo momento que dicho artículo y el siguiente, por su ubicación en el libro I del CP, tienen carácter general y que, por ello, son también de aplicación a los supuestos de comiso previstos en la parte especial del Código (arts. 374, 385 y 431) y en las leyes especiales (art. 5 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando), sin perjuicio de la aplicación preferente de estas normas por razón de especialidad si existiese contradicción entre unas y otras.

La naturaleza del comiso como consecuencia accesoria determina la plena vigencia del principio acusatorio en su regulación y su sometimiento al principio de contra-

dicción, lo que hace imprescindible que su imposición sea solicitada expresamente por las partes acusadoras cuando resulte procedente.

Por tal motivo los señores Fiscales identificarán específicamente en sus escritos de calificación los objetos o cantidades cuyo comiso interesen e, igualmente, citarán concretamente las normas que resulten aplicables, debiendo sentar en el primer apartado de sus escritos de calificación o acusación las bases fácticas de su aplicación, adaptadas a las nuevas modalidades y supuestos introducidos tras la reforma.

Las nuevas modificaciones hacen preciso que los señores Fiscales velen por la plena vigencia del derecho de defensa de todas las personas que puedan resultar afectadas por la consecuencia accesoria de comiso, incluidas aquellas que puedan resultar exentas de responsabilidad criminal o cuya responsabilidad pueda haber quedado extinguida. Por tal motivo los señores Fiscales cuando, durante la fase de instrucción del correspondiente procedimiento, deban interesar la adopción de la medida cautelar de depósito de los efectos e instrumentos del delito, interesarán igualmente la notificación de la misma a los titulares de tales bienes, para que puedan intervenir en el procedimiento en defensa de sus intereses y, en su caso, puedan formular las alegaciones que resulten procedentes, como consecuencia de la aplicación analógica de los artículos 615 y ss. LECr.

El artículo 127 disciplina el comiso de los efectos provenientes de delito o falta y de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado o ejecutado uno u otra, junto con el de las ganancias provenientes de ellos, a pesar de que es común el acuerdo de que se trata de dos figuras diferentes de comiso. Las siguientes observaciones serán agrupadas según el apartado del artículo al que hagan referencia, con independencia de la clase de comiso al que afecten.

1.A) LA REFORMA DEL ARTÍCULO 127.1

Carece de trascendencia práctica la adición de los conceptos de «bienes» y «medios» al de «instrumentos» en el artículo 127.1. Sin perjuicio de que, como afirma la exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003, la finalidad de toda la reforma de la institución haya sido *evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes*, la nueva expresión no supone un cambio real.

El apartado 1 ha establecido expresamente el comiso de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito o falta dolosos. Esta modificación, no habiendo duda de que los delitos consumados daban lugar al comiso de los instrumentos con los que hubieran sido ejecutados, pone punto final al debate sobre la posibilidad de confiscar los instrumentos con los que se hubiera preparado la infracción.

La reforma plantea, no obstante, la necesidad de pronunciarse acerca del sentido lógico-natural o técnico-jurídico en el que el legislador ha empleado en el artículo 127.1 el concepto de preparación, ya que la voluntad del legislador, manifestada en la citada exposición de motivos, de cerrar las menores vías de enriquecimiento a los responsables de delito, podría justificar el empleo del sentido vulgar de la expresión, más amplio que el concepto técnico.

Los dos primeros apartados del artículo 127 anudan el comiso a la pena. El artículo 127.3 también lo hace, aunque en sentido hipotético ya que la sanción habría sido impuesta de no haber sido apreciada la exención o la extinción de la responsabilidad criminal a la que posteriormente alude. Estas referencias a la pena obligan a considerar que el artículo 127 emplea el concepto de preparación en sentido técnico-

jurídico, abarcando las formas imperfectas de ejecución punibles, es decir, la tentativa de delito en todo caso y la de faltas contra las personas y contra la propiedad, y los actos de proposición, provocación o conspiración también cuando sean punibles.

Por lo expuesto, los señores Fiscales interesarán expresamente el comiso de los bienes, medios o instrumentos con los que se haya realizado la preparación de los delitos o faltas dolosas, interpretando tal situación en el sentido manifestado en el párrafo anterior.

La reforma ha introducido en el artículo 127.1 el comiso de las ganancias procedentes de la falta, antes ausente, por lo que los señores Fiscales interesarán en los juicios de faltas en los que intervengan y cuando resulte procedente el comiso por este nuevo concepto.

1.B) EL COMISO DE VALOR EQUIVALENTE O DE VALOR POR SUSTITUCIÓN: ARTÍCULO 127.2

El nuevo apartado 2 del artículo ha supuesto la consagración legal del comiso del valor equivalente o del valor por sustitución.

Si impuesta una pena por delito o falta dolosos y, en su consecuencia, acordado accesoriamente el comiso, sea de efectos procedentes del delito, sea de bienes, medios o instrumentos con los que hubiese sido preparado o ejecutado, sea, en fin, de las ganancias de la infracción, resultase imposible llevarlo a efecto, pasa a ser procedente el de otros bienes pertenecientes a las personas criminalmente responsables del hecho, por valor equivalente al de los que no se pudieron decomisar y aunque les pertenezcan lícitamente.

No prevé el texto legal el mecanismo para el avalúo del valor de los bienes que no hayan podido ser decomisados.

La introducción del comiso de valor equivalente obligará a los señores Fiscales a asumir una postura activa cuando durante la tramitación de una causa aparezcan indicios que permitan sospechar que el comiso previsto en el artículo 127.1 podría resultar ineficaz. Así, a título de ejemplo, cuando haya resultado infructuosa una medida cautelar acordada respecto de efectos o ganancias del delito, los señores Fiscales han de ser conscientes de que el transcurso del tiempo desde entonces hasta el momento de la sentencia dificultará las operaciones de avalúo necesarias para la realización del comiso de valor equivalente, por lo que desde que tengan conocimiento de la posibilidad de tener que recurrir a él, recabarán del órgano judicial la emisión de los informes periciales que puedan establecer con la mayor exactitud posible el valor de los bienes cuya confiscación no fue posible y la adopción de las medidas cautelares pertinentes para asegurar la eficacia futura de dicho comiso de valor equivalente y solicitarán en sus calificaciones la imposición del mismo para el caso de que no fuese posible el inicialmente interesado.

1.C) EL COMISO EN SITUACIÓN DE EXENCIÓN O DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL: ARTÍCULO 127.3

El artículo 127.3 introduce el comiso en situación de exención o de extinción de la responsabilidad criminal al prever la efectividad de lo dispuesto en artículo 127.1 y 2 cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, siempre que en este último caso quedase demostrada la situación patrimonial ilícita.

Esta posibilidad tiene que ser puesta en contacto con el cambio de naturaleza que el comiso sufrió con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, pasando de ser una

pena accesoria a una consecuencia accesoria, que no requiere el cumplimiento de las exigencias derivadas de principio de culpabilidad.

En ciertos casos la apreciación de la concurrencia de una causa de extinción de la responsabilidad criminal puede tener lugar antes del inicio de las sesiones del juicio oral, lo que dará lugar a la finalización del procedimiento por resolución judicial que no revestirá la forma de sentencia sino la de auto. En tales supuestos los señores Fiscales deberán interesar del órgano judicial competente que acuerde en dicha resolución el comiso previsto en el artículo 127.3, previo trámite contradictorio en el que las personas cuyos derechos o intereses puedan verse afectados por tal resolución tengan la posibilidad de defenderlos conforme a lo previsto en el artículo 24 CE.

1.D) LAS REGLAS SOBRE EL DESTINO DE LOS BIENES DECOMISADOS: ARTÍCULO 127.4

La reforma ha incluido en el apartado una excepción al inicial destino del producto de la venta de los bienes decomisados de lícito comercio. Tal salvedad consiste en que tal producto se aplicará a cubrir las responsabilidades civiles del penado, excepto cuando la ley previniera otra cosa. Con esta excepción se establece la concordancia de las reglas generales del comiso contenidas en los artículos 127 y 128 con la previsión específica del destino de lo decomisado en supuestos de delitos contra la salud pública relacionados con el tráfico ilegal de drogas, caso en el que se produce la adjudicación al Estado.

2. La reforma del artículo 129

Dentro del artículo 129.1 la reforma ha introducido la advertencia de que las previsiones de su párrafo inicial son realizadas sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 31 y, por tanto, sin afectar ni a la responsabilidad personal de quien actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica ni a la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica respecto de la pena de multa impuesta en la sentencia al autor del delito. La Ley Orgánica 15/2003 también ha incluido como novedad en el mismo párrafo la audiencia al Fiscal junto con la de los titulares o representantes legales, como requisito previo a la imposición motivada de las consecuencias que contempla.

La exclusiva mención al Ministerio Fiscal entre las posibles partes acusadoras no puede llevar a sentar la conclusión de que quedan excluidas las demás posibles acusaciones no públicas, por lo que deberá oírse a todas las partes personadas. Los señores Fiscales, ante la ausencia de previsión expresa de la cuestión en las normas procesales, invocarán en sus informes la aplicación analógica de los artículos 615 y ss. LECrim, como justificación de la concesión del trámite de audiencia al resto de las acusaciones personadas.

LA REFORMA DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL: ARTÍCULOS 130 A 133

La reforma ha introducido en el artículo 130 una nueva causa de extinción de la responsabilidad criminal, por la remisión definitiva de la pena, ha modificado el per-

dón, que habrá de ser otorgado antes de la sentencia y ha añadido la prescripción de la medida de seguridad a la de la pena:

La responsabilidad criminal se extingue:

- 1.º *Por la muerte del reo.*
- 2.º *Por el cumplimiento de la condena.*
- 3.º *Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de este Código.*
- 4.º *Por el indulto.*
- 5.º *Por el perdón del ofendido, cuando la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el Juez o Tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.*

En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el Juez o Tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz.

- 6.º *Por la prescripción del delito.*
- 7.º *Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.*

1. La remisión de la pena

Las consideraciones pertinentes a la introducción de la nueva causa de extinción de la responsabilidad penal del artículo 130.3.º se contienen, junto con las relativas a la revocación de la remisión definitiva de la pena, en el apartado XIII.-5.B de esta Circular.

2. El perdón

Las modificaciones en la causa quinta del artículo, consistente en el perdón del ofendido cuando la ley prevea tal efecto, plantean la necesidad de efectuar ciertas consideraciones.

Según la redacción previa, el perdón debía ser otorgado tras la firmeza de la sentencia y antes de que diese comienzo su ejecución, a cuyos efectos la ley imponía que el Juez o Tribunal oyese al ofendido antes de ordenar la misma. El texto actual prevé que el perdón sea otorgado antes de que se haya dictado sentencia y que el Juez o Tribunal sentenciador deberá escuchar al ofendido antes de pronunciarla.

La eficacia del perdón se encuentra restringida a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 a 201), a los de calumnia e injuria (arts. 205 a 216), a los daños por imprudencia en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267) y a las faltas perseguibles a instancia de parte (arts. 620 y 621). En estos casos los artículos 201.3, 267, párrafo 3.º, y 639, párrafo 3.º, declaran que el perdón extingue la acción penal o la pena impuesta, mientras que el artículo 215.3 afirma que por el perdón quedará exento de responsabilidad criminal el culpable de la infracción.

Esta regulación, en cierta medida, no concuerda con la actual redacción del artículo 130, ya que, mientras éste menciona el órgano sentenciador y parece exigir la finalización del procedimiento y la apreciación de esta causa de extinción en la propia

sentencia, los preceptos de la parte especial mencionados, salvo el artículo 215.3, en el que tampoco tiene por qué tenerse por excluida la extinción de la acción penal, atribuyen al perdón eficacia extintiva de la acción penal, por lo que, concedido antes de la iniciación del proceso, impediría su comienzo, y, expresado durante su tramitación, provocaría su fin por ausencia de acción penal.

Al mismo tiempo los artículos de la parte especial que acabamos de citar, excepto el artículo 215.3, declaran que el perdón extingue la pena, lo que contrasta con la presente redacción del artículo 130.5.º, que exige que el perdón sea otorgado antes de que se haya dictado sentencia y, por ende, antes de que se haya impuesto la pena.

Es de observar que todos los preceptos de la parte especial que se refieren al perdón han quedado mal concordados al no haber sido modificadas sus redacciones, que siguen haciendo mención a la circunstancia 4.ª del artículo 130, pese a que el perdón ocupa ahora la siguiente.

Una interpretación conjunta de las normas citadas lleva a la conclusión de que el artículo 130.5.º no resulta contradictorio con los artículos de la parte especial mencionados cuando atribuyen al perdón eficacia extintiva de la acción penal, pero sí cuando declaran la posibilidad de liquidar la pena.

El artículo 130.5.º exige que el perdón sea otorgado antes de que la sentencia haya sido dictada, por lo que establece un momento final para su concesión, pero no impide que sea dado antes ni, tampoco, que sea apreciado por el órgano judicial instructor. Si no ha sido concedido en las fases del procedimiento previas al juicio oral, el Juez o Tribunal sentenciador tiene la obligación de oír al ofendido sobre el perdón antes de dictar la sentencia.

En consecuencia, los señores Fiscales no se opondrán al reconocimiento de la eficacia del perdón otorgado durante la tramitación de los correspondientes procedimientos, en los supuestos previstos y con los requisitos establecidos en la ley.

Por el contrario, la vigente redacción del artículo 130.5, al establecer que, antes de dictar sentencia, el Juez o Tribunal debe oír preceptivamente al ofendido para que se pronuncie sobre la concesión del perdón, deja vacía de contenido la referencia a la posibilidad de extinción de la pena impuesta que contemplan los artículos 201.3, 267, párrafo 3.º, y 639, párrafo 3.º.

Efectivamente, la obligación a la que nos acabamos de referir, unida a la exigencia de que el perdón deba concederse expresamente, determina que en la generalidad de los casos, de otorgarse dicho perdón, resulte innecesaria la referencia a la extinción de la pena, por no llegar a imponerse ninguna.

3. La prescripción del delito

Dentro del artículo 131 se ha producido la modificación del plazo de prescripción de algunos delitos, y la introducción de los delitos de lesa humanidad y de los cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado entre los excluidos de la prescripción:

1. *Los delitos prescriben:*

A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años.

A los 15, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años.

A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10.

A los cinco, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco.

A los tres años, los restantes delitos menos graves.

Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año.

2. *Las faltas prescriben a los seis meses.*

3. *Cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.*

4. *Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.*

3.A) LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS GRAVES CASTIGADOS CON PENAS DISTINTAS DE LA PRISIÓN Y DE LA INHABILITACIÓN

El artículo 131.1 fija diferentes plazos para la prescripción de los delitos en atención a la pena que tengan señalada. Al relacionar su contenido con el de los artículos 13 y 33 se observa que la ley regula la prescripción de los delitos menos graves y la de los graves castigados con penas de prisión o de inhabilitación, descritas en el artículo 33.2.a), b) y c), pero no la del resto de los delitos graves, castigados con otra clase de penas, las previstas en las letras d) a i) del mismo artículo y apartado.

Esta omisión tiene relevancia respecto del delito contra la seguridad del tráfico del artículo 384, párrafo 2.º, que es sancionado con penas de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis y hasta diez años.

Según los artículos 13.1 y 33.2.e), estamos ante un delito grave, al que en principio resultaría aplicable el artículo 131.3, según el cual: *Cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.*

Sin embargo el artículo 131.1 no comprende ninguna regla aplicable al supuesto.

La situación presenta dos posibilidades que son, de un lado, interpretar el concepto «inhabilitación» como comprensivo de todas las penas relacionadas en el artículo 33.2, salvo la de prisión, y, de otro, considerar que, en este caso, resulta aplicable el plazo de tres años establecido en el artículo 131.1 con carácter residual para la prescripción de los delitos menos graves.

Ninguna de las dos soluciones apuntadas se encuentra exenta de problemas. La primera implica la realización de una interpretación analógica en contra de reo, y la segunda no es sistemática, ya que aplica a un delito grave un plazo de prescripción previsto para algunos delitos menos graves.

Sin embargo, mientras que la primera interpretación es contraria al principio de legalidad del artículo 25.1 CE, la segunda no implica la vulneración de ningún derecho fundamental, por lo que los señores Fiscales, en el supuesto mencionado en los párrafos anteriores, cuando les sea sometida la cuestión, considerarán aplicable al mencionado delito grave el plazo de prescripción previsto en el artículo 131.1 con carácter residual para los restantes delitos menos graves.

3.B) LA DECLARACIÓN DE IMPRESCRIPTIBILIDAD.

La Ley Orgánica 15/2003 ha declarado imprescriptibles los delitos de lesa humanidad y los cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, equiparándolos a los de genocidio.

Los delitos imprescriptibles son, en principio, los castigados en los artículos 607 (genocidio), 607 bis (lesa humanidad) y 608 a 614 bis (contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado), contenido, respectivamente, de los capítulos II, II bis y III del título XXIV del libro II del Código Penal. Este título finaliza con un capítulo IV, cuya rúbrica es «Disposiciones comunes», pero cuyo contenido resulta ser más amplio de lo que indica tal nombre, porque dentro de él el artículo 615 bis contiene auténticos tipos penales, respecto de los que se plantea la duda de si se encuentran exentos de prescripción.

El hecho de que las conductas castigadas en el artículo 615 bis hayan sido configuradas por el legislador mediante remisión a los delitos contenidos en los capítulos II, II bis y III del mismo título justifica la consideración de que se trata de supuestos especialmente penados de participación omisiva en los mismos y hace necesario concluir que son igualmente imprescriptibles.

3.C) LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS QUE EXIJAN HABITUALIDAD

El artículo 132.1 fija el día desde el que se computarán los términos que el artículo precedente prevé para la prescripción de los delitos. Antes de la reforma su párrafo 1.º contenía una regla general y dos especiales, éstas relativas al delito continuado y al delito permanente. La Ley Orgánica 15/2003 ha añadido a dicho párrafo una disposición aplicable a las infracciones que exijan habitualidad, según la cual el tiempo de su prescripción se contará desde que cesó la conducta:

Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

4. La prescripción de las penas

En este apartado cabe destacar lo siguiente:

El artículo 133, dedicado a la prescripción de las penas, también ha sido modificado por la Ley Orgánica 15/2003, pero su primer apartado no presenta los mismos problemas que el artículo 131 provoca respecto de la prescripción de los delitos graves sancionados con penas distintas de la prisión y de la inhabilitación, ya que contiene una cláusula residual que fija un plazo de diez años para la prescripción de las penas graves no contempladas expresamente.

Tras la reforma el plazo de prescripción de las penas de prisión de más de veinte años de duración ha sido elevado hasta los treinta años.

El artículo 133.2 declara imprescriptibles las penas impuestas por los delitos de genocidio, los de lesa humanidad y los cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, y reproduce las dudas que el artículo 131.4 provoca frente al artículo 615 bis. El evidente paralelismo de las dos situaciones obliga a

considerar, por las razones expuestas *supra* que las penas impuestas por las conductas castigadas en este precepto son también imprescriptibles.

LA REFORMA DE LA CANCELACIÓN DE LOS ANTECEDENTES PENALES: ARTÍCULO 136

La Ley Orgánica 15/2003 ha modificado el cómputo de los plazos establecido en el apartado 136.3 cuando la extinción de la responsabilidad se hubiese obtenido mediante la remisión condicional: *Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.*

En consonancia con la modificación de los artículos 82 y 85, se establece un sistema para calcular el tiempo durante el que el condenado debió abstenerse de delinquir para obtener la cancelación de sus antecedentes penales. Así, una vez obtenida la remisión definitiva de la pena, se tomará como punto de partida el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión, se calculará desde el mismo el día en el que el condenado habría dejado extinguida la pena que se le impuso y a partir del siguiente empezarán a correr los plazos previstos en el número 2 del artículo.

BIBLIOGRAFÍA

GLÄSER, P.: *Zurechnung bei Thomas von Aquin. Eine historisch-systematische Untersuchung mit Bezug auf das aktuelle deutsche Strafrecht*, Karl Alber Verlag, Friburgo, Múnich, 2005, 221 páginas (36 €)

Este libro constituye la tesis doctoral en Filosofía presentada en la Universidad de Tubinga en julio de 2003, bajo la dirección del profesor Otfried Höffe. El tema: la doctrina de la imputación en la obra de Tomás de Aquino. Una materia claramente filosófica, pero orientada desde el comienzo a sus repercusiones en el actual Derecho penal alemán (y por tanto también en el de muchos otros países), para lo cual ha contado con la ayuda del profesor Kristian Kühl, penalista de la misma universidad. Uno de los méritos de esta publicación es su planteamiento interdisciplinar: de la Filosofía medieval a la Filosofía de la acción y, de ésta, al Derecho penal.

Como expone Gläser, aunque Tomás de Aquino apenas recurrió al sustantivo *imputatio*, y sí abundantemente a las formas verbales de esa misma raíz (cap. 2), los conceptos e incluso buena parte de la terminología son comunes a los empleados tiempo después por la doctrina de la imputación que llega hasta la codificación. Tras exponer la psicología que se halla en la base de la imputación (cap. 3), se expone su contenido y sus requisitos (cap. 4.1), que podrían resumirse en la cita de Tomás de Aquino: «un acto se imputa al agente cuando está en su poder, de manera que tenga el dominio de su acción» (p. 54), lo cual se encuentra en sintonía, no sólo con lo que se expondrá después durante siglos, sino también con la tradición que se remonta a Aristóteles. No estará en poder del agente evitar un suceso cuando sobre él opera violencia física, a distinguir en sus efectos de la de carácter psíquico (cap. 4.2); o cuando las pasiones influyen hasta excluir el entendimiento (cap. 4.3). A continuación, el autor se adentra en la imputación jurídica, que cabe diferenciar ya en la obra de Tomás de Aquino de las de carácter moral y teológico (cap. 5), en donde traza una descripción de dichos tres órdenes. Sigue una amplia aplicación a la estructura de la *actio libera in causa* (cap. 6), en donde aparecen la mayor parte de las referencias al derecho positivo alemán actual. Cierra esta obra una valoración final de la doctrina tomista de la acción, que sin duda es positiva a la vista de lo anticipadas en el tiempo que resultan sus propuestas (cap. 7).

El esfuerzo por ofrecer (cap. 5) un sistema de los conceptos de imputación merece atención. Sin embargo, me parece discutible la denominación que propone para los dos planos de la imputación que pueden diferenciarse en la exposición de Tomás de Aquino (imputación fáctica e imputación ética); incluso es posible que bajo la denominación de imputación se hayan englobado valoraciones que no son tal en sentido estricto. El criterio de diferenciación que propone Gläser es la valoración de la acción. Allá donde sólo se establece una conexión entre el agente y el suceso habla de imputación fáctica («faktische Zurechnung»), mientras que se refiere a imputación ética («ethische Zurechnung») cuando se añade la valoración de esa acción como buena o mala. Sin embargo, soy de la opinión de que no es posible una imputación avalorativa, pues su naturaleza es siempre, por ser imputación, un juicio normativo. La diferenciación de dos planos de imputación me parece adecuada, pero no así calificar al primero como meramente neutro, pues la identificación de alguien como artífice excluye ya algo sólo causal. Con otras palabras: quien es considerado artífice es ya considerado por el sujeto imputante (lo cual no supone caer sin remedio en un planteamiento condicionado absolutamente por lo cultural, de lo que el autor en p. 166 quiere prevenir). A dicha apreciación debe seguir la valoración de la acción y la imputación de ésta entonces a título de mérito o de demérito. Quizá fuese oportuno emplear términos diversos para el suceso todavía no imputado, *acción*, y una vez que se atribuye, *hecho*, por ejemplo.

Por lo demás, la diferenciación de dos planos abre la posibilidad de identificar una operación diversa, consistente en valorar la acción como buena o mala, previa a la atribución de ésta a título de culpabilidad o, en cambio, de mérito. Y es entonces cuando lo que se denomina aquí imputación moral, jurídica, teológica... (cap. 5.3) pertenece tanto a la confrontación de la acción ya imputada como hecho (valoración), como a su atribución a título de mérito o de demérito (imputación). Aunque imputación y valoración de lo imputado se entrelacen (ésta presupone que algo ha sido imputado como hecho, y es a su vez presupuesto de la atribución meritoria o demeritoria), poseen diversa naturaleza y conviene tratarlos en consecuencia. De lo contrario, la referencia a las causas de justificación se ve oscurecida por su exposición junto a causas de exculpación (pp. 140-144). Un adecuado deslinde entre las reglas que rigen las conductas (cap. 5) y las que rigen la imputación (cap. 4) me parece necesario (y sin embargo, quizá no queden claramente deslindadas en la exposición de Gläser: cfr. p. 203 nota 4, en donde no se menciona lo que en el siglo XVIII se dio en llamar *applicatio legis ad factum*, pieza clave para culminar el modelo). Más aún, resulta imprescindible afrontar el estudio del origen de esas reglas de conducta, como se resalta en la propia obra de Gläser (cap. 5.3.4). Además, en el cap. 5 sería oportuno haberse referido con más extensión a la doctrina de la imputación a título de mérito (las acciones supererogatorias).

Una vez expuesto el contenido de la doctrina sobre la imputación (caps. 4-5), el autor aborda el de la *actio libera in causa* (cap. 6). Tras mostrar lo que dicha estructura viene a resolver, se exponen los dos principales modelos

que la justifican (de la excepción y de la tipicidad). Y se pasa de nuevo a las fuentes, a la obra de Aristóteles, en donde no se halla una acabada construcción (cap. 6.2.1), y a la de Tomás de Aquino (cap. 6.2.2). La terminología sin duda no es la empleada por éste, pero la estructura aparece en los casos de ignorancia y otros defectos, en los que a pesar de todo se procede a imputar. Es entonces cuando recurre al *voluntarium secundum suam causam* o *voluntarium in sua causa* (p. 191) que permitiría explicar la imputación en algunos casos de defecto de imputación. A estos supuestos se suma el tópico de la *ignorantia affectata*, que se correspondería con el grupo de casos de provocación dolosa de la embriaguez (p. 193). Concluye el autor mostrando que ya en la obra de Tomás de Aquino se presenta la estructura de imputación denominada hoy día *actio libera in causa*. La terminología ciertamente es diversa, pero no la función que la estructura viene a cumplir.

Por otra parte, me parece que restringir la estructura de *actio libera in causa* a los supuestos de embriaguez sería reduccionista. En efecto, si algo muestra la exposición de Gläser a propósito de la *ignorantia affectata* y el *voluntarium in sua causa* es que esa estructura no limita su virtualidad a los casos de intoxicación, sino que subyace a todos los casos de imputación a pesar de concurrir un defecto que excluiría ésta (la llamada en la actualidad «imputación extraordinaria» por alguna doctrina). Por tanto, la misma estructura (con otros detalles, y otras consecuencias penológicas) estaría presente en sede de imprudencia por error de tipo y *necessitas* (p. 194), como también en casos de error sobre el carácter antijurídico del hecho y la provocación de situaciones de necesidad exculpantes (p. 173).

Ya desde que se analizan las causas que pueden hacer desaparecer la imputación (cap. 4) entra en escena la posibilidad de considerar la acción como voluntaria en su causa (*voluntarium in causa*, *voluntarium secundum suam causam*, indirectamente voluntario, pp. 74, 81, 92). En opinión del autor, la cuestión de la imputación al agente en caso de defectos de imputación no se halla plenamente resuelta en la exposición de Tomás de Aquino, pues adolece ésta de cierta vaguedad (p. 83) o incluso alguna inconsistencia (pp. 84-87). Pero por debajo de la concreta «solución», queda el haber aportado no pocos matices a la discusión y un gran esfuerzo de fundamentación. Así, cuando se refiere a la responsabilidad en casos de embriaguez, la triple diferenciación entre unos supuestos en los que se mantiene invariable la imputación, otros en los que se excluye definitivamente y otros en que la imputación se ve aminorada, no desmerece en nada de las clasificaciones al uso en la manualística penal (pp. 90-93). Más aún: resulta más avanzada que ciertos planteamientos actuales que parecen reducir la *actio libera in causa* a una conspicua figura de difícil ubicación. El propio Gläser se referirá más adelante (cap. 6.3) a las fuentes de la imputación en casos de *voluntarium secundum suam causam*, en donde muestra cómo queda todavía mucho por investigar, puesto que la obra tomista tampoco aporta una acabada explicación sobre la fuente de esa imputación. No basta referirse –como es corriente apreciar en la doctrina– a un genérico deber de cuidado que da pie a castigar por imprudencia, ni a la mera previsibilidad fáctica o posible en casos de

perturbaciones psíquicas. Pienso que cabría sondear otros ámbitos, como el de la exigencia al agente de salir de su error en ciertos casos por el mero hecho de ser persona, co-sujeto, o porque sobre él recaen diversas incumbencias. Algo apunta el autor cuando (pp. 91 y 172) basa la responsabilidad del embriagado en haber creado un peligro, pero la exposición parece derivar hacia lo que hoy se entiende por delitos de peligro, que es algo distinto a lo que se dilucida mediante reglas de imputación. También se vislumbra una vía de solución cuando se resalta la diferencia en materia de imputación en función del cargo o del estatus de la persona (pp. 104-109): en esta sede, sin embargo, me parece que se entrecruzan consideraciones propias del ámbito de las reglas de conducta con el propio de las reglas de imputación. A mi modo de ver, la responsabilidad en casos de defecto de imputación guarda relación con las pautas de conducta, pero presupone una regla de imputación excepcional o extraordinaria, es decir, de atribución a pesar del defecto en cuestión.

Una obra como ésta ayuda a reflexionar sobre el sentido de las causas de exclusión de la responsabilidad que está acostumbrado a manejar cotidianamente quien se dedica al Derecho penal: que la doctrina aquí estudiada tenga su origen muchos siglos atrás, y provenga de latitudes diversas a las de la legislación nacional respectiva es estimulante, pues ayuda a pensar en las categorías con independencia de cuáles sean las concretas reglas de determinación de la sanción en cada código penal, un modo de pensar que quizá sea el contrario al de algunas profesiones: cuál es la regla penológica, sin preguntarse por su razón de ser y la regla de imputación que le sirve de base. Las distinciones y denominaciones de la obra de Tomás de Aquino no desmerecen en absoluto de la empleada en una monografía de la doctrina penal de nuestro tiempo. En este sentido, me parece que resultan interesantes las matizaciones entre lo *involuntarium* y lo *no-voluntarium* (cfr. también pp. 178-179), que parecerían artificiales si no fuera porque en los matices se halla tantas veces la decisión entre lo punible y lo impune, la pena o su atenuación. Así, la identificación de una modalidad de ignorancia calificada como *ignorantia affectata* (pp. 82-87) puede dar que pensar a una doctrina sobre el dolo eventual y la culpa consciente demasiado pendiente a veces de la concreta regulación nacional. Los conceptos técnicos no son relevantes sólo porque aparezcan en la ley (si no, ¿qué sucede ante los errores y omisiones legislativas, que existen?), sino sobre todo porque forman parte de un consistente patrimonio conceptual empleado desde hace siglos en muy diversas latitudes. Los esfuerzos de muchos autores por diferenciar y fundamentar siguen siendo válidos hoy en día. Así, en concreto, en la exposición sobre la responsabilidad por el resultado (*versari in re illicita*) es ilustrativo leer (p. 96) cómo una cosa es el tratamiento jurídico de la época (se imputa), y otra la consecuencia lógica a partir de las premisas de la imputación (no se imputaría). Por lo demás, pienso que sería oportuno diferenciar mejor (pp. 61-62, 79, 85-86) dos aspectos de lo voluntario («willentlich» y «freiwillig»), pues puede ayudar a separar sendos aspectos de la libertad (que, a pesar de lo ahora dicho, el autor parece destacar en pp. 15, 177 nota 32).

En cuanto a la bibliografía, se echa en falta, sin embargo que no haya empleado algunas obras dedicadas al mismo tema (Brock, *Action and Conduct*, Edimburgo, 1998, por ejemplo). Entre la bibliografía jurídico-penal se emplean algunos manuales (Hruschka, Köhler, Krüger, Kühl, Roxin, Wessels/Beulke) y comentarios al código penal alemán (Tröndle/Fischer, Lackner/Kühl, Schönke/Schröder), pero faltan otras obras, que hubieran dado más solidez aún a la exposición (Jakobs, Jescheck, Stratenwerth, Welzel, por ejemplo). El recurso a medios informatizados (la edición en CD-ROM de R. Busa, Milán, 1992) le permite al autor ofrecer datos filológicos seguros (cap. 2), insustituibles cuando se estudian las fuentes (un instrumento imprescindible más reciente para quien se adentre en esta materia es *Corpus Thomisticum*, disponible en <http://www.corpusthomisticum.org/>, que emplea también contenidos de los recopilados por R. Busa). Los elaborados cuadros sinópticos ayudan a la comprensión de lo expuesto. Por lo demás, el sumo cuidado y esmerada presentación acompañan al rigor de contenido de esta edición en la colección *Symposion* de la editorial Karl Alber.

El estudio de los autores que han marcado un hito en la doctrina de la imputación comenzó con la obra de Loening, dirigida a Aristóteles (*Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, 1903). Unos años después se publicó la obra de Larenz, referida a Hegel, y en parte también a Kant (*Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927). Más tarde, en un estudio histórico-descriptivo, Hardwig (*Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrecht*, 1957) resaltó la importancia de la operación de imputación de responsabilidad. Un año después publicó Welzel su estudio sobre la obra de Pufendorf, que incluía también una referencia a la doctrina de la imputación (*Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1958). En esta sucesión de obras sobre la imputación bien podría incluirse ahora el trabajo de Gläser, que constituye un esfuerzo loable en tiempo reciente por reconstruir una doctrina que durante siglos ha estado presente en el debate de la Filosofía moral y, por tanto, también en el Derecho penal.

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR Alejandro: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, 772 páginas.

«En el proceso penal el estado dice que el lesionado es él, y la víctima, por más que demuestre que la lesión la sufre en su cuerpo, o que el robo lo sufre en su patrimonio, es ignorada» (página 7).

Estamos ante un *nuevo* (subrayo) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. No se trata de una nueva edición y ni siquiera de una versión renovada, sino de una obra completamente nueva, aunque es continuación del *Manual*

de los setenta, en el sentido de que permanece y profundiza la línea del Derecho penal liberal o de garantías en la que aquél se enrolaba. Así mismo, es nuevo en relación con los cinco volúmenes del *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1980-1983 (reeditado también en México) y en relación con el *Derecho Penal. Parte General*, del 2000, 2.^a edición 2002, (dotado de amplísima bibliografía en cada uno de los 66 capítulos, y su detallado índice alfabético de materias (pp. 1067-1083). Me permito preguntar si la segunda edición de este *Manual*, 2005, que ahora comento, quizás debería incluir, de manera similar, algo de bibliografía y, sobre todo, un índice alfabético de materias.

Muchos lectores de esta reseña conocen al Catedrático Eugenio Raúl Zaffaroni y a sus colaboradores, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Profesores Adjuntos de la Universidad Bonaerense. Sin embargo, considero oportuno decir dos palabras sobre la impar personalidad y la obra jurídico-penal-criminológica-victimológica de Zaffaroni, actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se graduó de abogado y escribano en la Universidad de Buenos Aires (1962). Fue becario de la OEA en México y de la *Max Planck Stiftung*, en Alemania. Trabajó en la judicatura durante dos décadas, retirándose como Juez de la Cámara Criminal de la Capital Federal. Con posterioridad fue Director General del Instituto Latinoamericano de Prevención del Delito de las Naciones Unidas (ILANUD, San José, Costa Rica). Fue electo Diputado Constituyente Nacional en 1994, Diputado de la ciudad en 1997...

Fue Profesor en las Universidades Veracruzana (México), del Salvador (Argentina) y Católica de La Plata (Argentina), y Doctor *Honoris Causa* por las Universidades del Estado de Río de Janeiro (Brasil), de Macera (Italia), Mayor de San Andrés de Arequipa (Perú), Alas Peruanas (Perú), Nacional de Rosario (Argentina), para la Cooperación Internacional (Costa Rica), de Castilla-La Mancha (España), Instituto Nacional de Ciencias Penales (México).

Es Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal, y Miembro del Comité Científico de la misma. Ha publicado más de 25 obras, entre las cuales se destacan *En busca de las penas perdidas* (traducida al portugués y al italiano), *Estructuras judiciales* (traducida al portugués), etc.

El contenido de este *Manual* se divide en tres partes:

Parte 1.^a Teoría del Derecho penal, con nueve capítulos que distinguen el Poder punitivo frente al Derecho penal, estructuran la pena como delimitación del Derecho penal, y analizan el método penal deductivo, en su devenir histórico.

Desde finales del siglo xv, nuestro Derecho Penal –por influencia de una parte (vindicativa, maniquea y masoquista) de la Iglesia medieval, así como por condescendencia aquiescente (la mal entendida obediencia jesuítica «de entendimiento») de los penalistas– se ha apoyado, y se apoya, muy excesivamente en un libro: El *Malleus Maleficarum* (*El Martillo de las brujas*), escrito (el año 1486) por dos dominicos e inquisidores fanáticos –Heinrich Kraemer y James Sprenger–, muy encomiados por el Papa Inocencio III, en

su Bula Pontificia, *Summis desiderantes affectibus*, de 9 de diciembre de 1484.

El Martillo encuentra, en este *Manual*, un profundo y detallado análisis-comentario tan negativo como justo y necesario. Aparece como fruto de una «emergencia», de un mal gravísimo que amenaza la existencia de la especie..., y que sólo el poder punitivo puede conjurar (pp. 187 y ss.). «Las emergencias –se constata en la página 198– fueron muchísimas a lo largo de los últimos ochocientos años: las brujas, la sífilis, el alcoholismo, el comunismo internacional, los tóxicos prohibidos (drogas), la criminalidad nuclear, el terrorismo, la criminalidad organizada, la *degeneración de la raza*, la *corrupción*, la pornografía infantil, la inseguridad urbana, la sinarquía internacional, la herejía, la pedofilia, el anarquismo, la subversión, la inmigración ilegal, la disolución de los valores occidentales, etc.».

Desde otra perspectiva, Esther Giménez-Salinas i Colomer, Rectora de la Universidad Ramón Llull (Barcelona), argumenta en favor de un Derecho penal y una Política criminal abiertos, sabedores de que «la única manera de evitar el choque (*crash*) de civilizaciones es forjando un universalismo nuevo, jamás conocido en la historia, que permita la convivencia pacífica de morales plurales, de diferentes civilizaciones, sin afán de eurocentrismo ni complejos de superioridad», cfr. E. Giménez-Salinas i Colomer, B. Román Maestre, M. García Solé, «Sociedad abierta y delitos de odio en la era de la globalización», *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 17, diciembre 2003, pp. 121-132 (126).

La primera crítica inteligente frente a la cosmovisión del *Martillo de las brujas* la escribió, el año 1631, Friedrich von SPEE, S.J. (Kaiserswerth –Düsseldorf–, 25 febrero 1591-Tréveris, 7 agosto 1635); pero hasta hoy ha permanecido ignorada por los penalistas, los procesalistas, los tratadistas del sistema prisional, y los capellanes de prisiones (salvo excepciones que prueban la regla). El jesuita alemán tituló su libro *Cautio criminalis. Rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse* («Prudencia criminal. Cuestiones Jurídicas sobre los procesos de las brujas»). Por miedo a la autoridad eclesiástica, ni en la primera edición (Rinteln, 1631), ni en la segunda (Frankfurt, 1632), aparece el nombre del autor; se atribuye su paternidad a «un incierto teólogo romano» (cfr. M. Sievernich, *Friedrich von Spee. Priester. Poet. Prophet*, edit. J. Knecht, Frankfurt M., 1986; R. S. Gerlich/T. Van Oorschot, *sub voce* Spee Von Langenfeld, Friedrich, en *Diccionario Histórico de la Compañía de Jesús, biográfico-temático*, tomo IV, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2001, pp. 3620 y ss.).

El *Manual* (pp. 204 y ss.) comenta a fondo –con sólida convicción humanitaria– la *Cautio*, con miras a transformar radicalmente nuestro Derecho Penal y nuestra Justicia tradicional, y orientarla hacia la Justicia victimal (A. Beristain, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Valencia, 2004, pp. 318 y ss., 328 y ss.). Ciertamente, F. von Spee, jesuita polifacético, predicador, poeta, místico, capellán de prisiones femeninas..., nos brinda la inicial argumentación

orgánica contra la tortura y el proceso inquisitorio... en favor de los límites reclamados por el pensamiento liberal (*Manual*, p. 207).

Las amplias páginas que este nuevo *Manual* dedica al *Martillo de las brujas* y a la *Cautio criminalis* pueden considerarse, desde mi punto de vista, entre las más meritorias, y –quizá– las más innovadoras en la bibliografía actual del Derecho penal y de la Filosofía-Teología Moral.

La evolución histórica analizada en el *Manual* aboca hacia cosmovisiones postmodernas (Alessandro Baratta, Luigi Ferrajoli, etc.). En cierto sentido, patentiza la similitud entre el poder punitivo y la guerra: el abolicionismo se asemeja al pacifismo, o la versión sociológica del problema ontológico: Parménides o Heráclito (p. 275).

Parte 2.^a La Teoría del delito (con 17 capítulos, pp. 280-676, más cinco hojas aparte: Cuadro sinóptico de la teoría del delito, la tipicidad y atipicidad legal, antijuridicidad, culpabilidad, esquema general de la concurrencia de personas en el delito) recoge y, en algunos puntos, critica inteligentemente la mejor doctrina alemana, española y latinoamericana. Especial consideración merecen las páginas dedicadas a «Las diferentes posiciones doctrinarias», que alcanzan, a veces, disparidades formidables. Sobre todo, resulta ilustrativo el *Excursus*: «Del fundamento ético a la razón de estado». De este importante fundamento ético, expuso Zaffaroni un comentario amplio, brillante y sólidamente argumentado, en la Mesa redonda, sobre «*Ética y Criminología*», que él presidió –y en la que tuve el honor de participar, junto con los profesores Luis Rodríguez Manzanera (México), João Ricardo Wanderley Dornelles (Brasil), Andrea Padilla Villarraga (Colombia), José Luis Pérez Guadalupe (Perú) y Elías Escaff (Chile)– el día 13 de agosto de 2003, en el XIII Congreso Mundial de Criminología (Río de Janeiro –Brasil–).

Entre paréntesis, permítaseme recordar que en aquella ocasión se comentaron con particular interés dos puntos: la necesidad de prestar más atención a la «sexualidad individual de las minorías», no equiparables a *anormales*, exigida por la teóloga Margareta Erber –en su documentado artículo «La Iglesia católica ante la concepción biológico-antropológica de la sexualidad» (revista *Concilium*, diciembre 1974, pp. 432-443 [438 s.])–, y la, no menor, necesidad de actualizar la «Ética situacional», de Diego Gracia (*Fundamentos de Bioética*, Eudema, Madrid, 1989, pp. 476 y ss.), Marciano Vidal (*Para comprender la solidaridad, virtud y principio ético*, Verbo Divino, Estella –Navarra–, 1996), F. Bockle, y Karl Rahner («Sobre el problema de una ética existencial formal», en *Escritos de Teología*, 3.^a ed., tomo II, Taurus, Madrid, 1967, p. 234).

Este § 199 (pp. 516-527) del *Manual* brinda también, entre otros frutos, una censura básica a la construcción funcionalista radicalizada por G. Jakobs y a su Derecho penal del enemigo, temas que en España y otros países todavía no se han aclarado suficientemente. Zaffaroni, en su discurso de agradecimiento por el Doctorado *Honoris Causa* (Toledo, 2005), los iluminó con seriedad (E. Raúl Zaffaroni, «El Derecho Penal liberal y sus enemigos», en *Investidura como Doctor «Honoris Causa» por la Universidad de Castilla-*

La Mancha del Excmo. Sr. D. Eugenio Raúl Zaffaroni, Universidad de Castilla-La Mancha, 29 de enero de 2004, pp. 19-46).

Parte 3.^a La Teoría de la responsabilidad punitiva. Es la parte más breve, con sólo cuatro capítulos (obstáculos a la respuesta punitiva, manifestaciones formales del poder punitivo, el marco legal de la respuesta punitiva y la construcción de la respuesta punitiva), con menos de cien páginas. Pero, en ellas, los discípulos de Enrique Ruiz Vadillo escuchamos –con agrado– ecos de su imperativo categórico: «justicia sin amor es una parodia»; y, en ellas, se propugna a los operadores del Derecho penal sólidos argumentos para admitir y aun exigir las sanciones penales justas (no vindicativas, sino reparadoras y dignificantes de las víctimas, como postula la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 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]*», de 18 de enero de 2000), y para declarar derogadas las leyes gravemente injustas dictadas por los regímenes dictatoriales. (Cuando escribo estas líneas –mediados de junio de 2005– leo en la prensa que el actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Raúl Zaffaroni, ha firmado, el 14 de junio 2005, el fallo que declara la inconstitucionalidad de las Leyes de Punto Final –23.492– y de Obediencia Debida –23.521–).

Antes de terminar, conviene destacar el acierto de los autores del *Manual* al dedicar a los aspectos victimológicos una atención más amplia, más radical y más innovadora de lo acostumbrado en las tradicionales publicaciones e investigaciones juridicopenales y criminológicas. Todas las víctimas de los delitos y del abuso del poder, y las macrovíctimas de los terrorismos hodiernos, agradecen a los penalistas que proclaman el axioma *in dubio pro victima*.

También debo subrayar la claridad y la calidad pedagógica que se patentizan en la textura gráfica y en múltiples facetas que ayudan al lector discente y también al docente... y me atrevo a formular una conclusión optimista mirando al futuro inmediato del Derecho penal. Conclusión sorprendente quizá para algunos que se consideran seguidores del profesor Zaffaroni, conclusión evidente e incuestionable para quienes lean detenidamente sus obras y este *Manual*, que –desde el comienzo hasta el final– comprueban la afirmación de R. Zaffaroni: «Nunca debemos olvidar que las agencias académicas, si bien no tenemos un poder directo e inmediato, no estamos tan huérfanas del mismo: nos resta el único poder que siempre tuvimos, el del *discurso*. No es poco, porque, si no fuese, ningún dictador se hubiese ocupado de reprimirlo». (Zaffaroni, «Justicia penal y discriminación», en Ana Messuti, Julio Andrés Sampietro Arrubla (comps.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, pp. 325-335, 335).

ANTONIO BERISTAIN, S.J.
Catedrático de Derecho Penal

