

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 III  
Septiembre-diciembre, 2005

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2007

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): 007-07-023-3  
NIPO (M. de Justicia): 051-07-004-X  
ISSN: 0210-3001  
Depósito legal: M-126/1958

---

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

## SECCIÓN DOCTRINAL

### Imputación objetiva y conducta de la víctima

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG \*

#### A) INTRODUCCIÓN

##### 1. Mi toma de posición ante el problema

En un reciente artículo, titulado «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida» (1), he tratado el problema de hasta qué punto el consentimiento de la víctima en el riesgo que corre, y que se acaba materializando en un resultado lesivo para la misma, puede excluir la imputación objetiva de terceros que, imprudentemente, han contribuido causalmente a ese resultado lesivo. En el presente artículo voy a ocuparme de ulteriores grupos de casos de conducta peligrosa de la víctima e imputación objetiva no examinados en ese artículo; pero antes de entrar en ellos, y para resolverlos de una manera coherente, voy a exponer, con la mayor brevedad posible, cuáles son los principios de los que parto.

Siguiendo una terminología ya acuñada, en estos supuestos de asunción voluntaria por parte de la víctima del peligro que corren sus

---

\* Este artículo se enmarca dentro del Proyecto I+D del Ministerio español de Ciencia y Tecnología BJU2003-06687, proyecto del cual soy el investigador principal.

(1) Publicado en: *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia 2004, pp. 431-457. Este trabajo ha aparecido también en: *Revista de Derecho Penal* (Argentina), 2003 (2), pp. 9-39; *Criminalia* (Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales) 70 (2004), pp. 313-337, y *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número extraordinario 2 (2004), pp. 75-100.

propios bienes jurídicos, se distingue entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida.

En la participación en una autopuesta en peligro es la víctima la que en última instancia se mata o se lesion a sí misma. Como ejemplo de este primer grupo de casos puede acudirse al del tercero-partícipe que vende heroína al drogadicto, falleciendo éste posteriormente al autoinyectársela, debido al alto grado de pureza de la droga, circunstancia que era desconocida tanto para el vendedor como para el comprador.

En la heteropuesta en peligro consentida, al igual que en la autopuesta, la víctima acepta también el riesgo de lesión, pero, a diferencia de la autopuesta, donde es el sujeto pasivo el que, en última instancia, y *con su propia actividad*, se autoausa su muerte o el daño a su integridad física, en la heteropuesta es un *tercero* el que, como autor directo, mata o lesion a la víctima, si bien ésta es consciente de –y asume– el riesgo de lesión para su vida o su integridad al que aquél le está sometiendo. Como ejemplo de heteropuesta en peligro puede acudirse al de la persona que, consciente de que quien se encuentra al volante de un automóvil ni tiene permiso ni sabe conducir, accede, no obstante, a ocupar el puesto de acompañante, produciéndose posteriormente, a consecuencia de una previsible maniobra imprudente del conductor, un accidente de circulación en el que la víctima pierde la vida o resulta lesionada.

Por lo que se refiere a la participación en una autopuesta en peligro, defiendo la siguiente tesis: Como la participación imprudente en un suicidio (como tal suicidio, siempre doloso) es impune en Derecho español, y como también lo es la participación imprudente (lo es, incluso, la dolosa) en una autolesión dolosa, de ahí se sigue que igualmente tienen que ser impunes las participaciones imprudentes en una automuerte o en unas autolesiones imprudentes, consecuencias de la autopuesta en peligro en la que se ha colocado la propia víctima; es decir, y para expresarlo con mi ejemplo inicial: el vendedor de heroína que le facilita al drogadicto la sustancia, falleciendo éste, o sufriendo un daño en su salud, al autoinyectársela, no responde del resultado lesivo que imprudentemente se ha causado a sí misma la propia víctima.

Junto a esta primera tesis de que es impune la participación en una autopuesta en peligro con resultados lesivos para la víctima, mi segunda tesis es que sí que es punible, en cambio, la heteropuesta en peligro consentida; es decir, y para expresarlo también con un ejemplo: que el conductor que, por su conducción imprudente del vehículo, lesion a o mata al acompañante, responde penalmente de esos resulta-

dos, aunque la víctima hubiera estado de acuerdo en someterse al riesgo al que le exponía quien materialmente le produjo la muerte o las lesiones. Y ello es así por los motivos que expongo a continuación.

Si la correspondiente figura *dolosa* del homicidio consiste en «matar a otro» (art. 138 CP), sin que para la aplicación del tipo tenga trascendencia alguna el que la víctima haya aceptado o no el riesgo de que la podían matar –tan homicidio es el que se ejecuta sorpresivamente sobre un sujeto pasivo desconocido para el autor, y con el que éste acaba de cruzarse en la calle (es decir: sobre una víctima que nunca ha asumido el riesgo de que podían matarla) como aquél que comete el marido sobre la esposa enamorada, que, a pesar de las continuas y serias amenazas de muerte de las que está siendo objeto, no ha denunciado al esposo y ha preferido seguir conviviendo con él en el hogar familiar (es decir: sobre una víctima que sí ha asumido el riesgo que corre su vida)–, no se ve el motivo por el cual en el homicidio imprudente tendría que regir otra cosa, y excluirse su aplicación en el supuesto de que la víctima fuera consciente de que la acción descuidada del autor podría conducir a su propia muerte: el CP castiga a «el que por imprudencia causare la muerte de otro», y la muerte «se causa imprudentemente» tanto cuando la víctima ignora como cuando conoce el peligro al que está siendo sometida, por lo que no existe razón alguna que pueda impedir la subsunción de ambos supuestos en el tipo correspondiente del homicidio imprudente.

Y como lo mismo rige para las lesiones *dolosas*: el tipo doloso entra igualmente en juego tanto si el sujeto no ha asumido riesgo alguno como si lo ha aceptado –la esposa enamorada de nuestro ejemplo ha recibido continuas y serias amenazas, no de muerte, sino de ser maltratada físicamente, amenazas que terminan convirtiéndose en realidad–, de ahí se sigue que las lesiones imprudentes son asimismo aplicables, independientemente de que la víctima haya conocido y asumido, o no, el peligro al que la sometía el autor.

Naturalmente que, como expresa el CP al hablar del consentimiento, éste, para que se le pueda otorgar eficacia, debe ser «válida y libremente expresado», por lo que si dicho consentimiento de la víctima está viciado, entonces el partícipe en una autopuesta en peligro –no consentida ya eficazmente– responde de los daños que aquélla se causa a sí misma.

Así, habrá que negar eficacia al consentimiento cuando éste se manifiesta como resultado de la coacción delictiva a la que el partícipe está sometiendo a la víctima. En consecuencia, y de acuerdo con la

acertada tesis defendida por el TS, en casos análogos, en las sentencias de 3 de mayo de 1982, 8 de noviembre de 1991 y 15 de marzo de 1999, el conductor de un vehículo que se niega a detenerlo, amenazando a la acompañante con hacerla objeto de una agresión sexual, y a pesar de que aquélla ha anunciado que se va a arrojar del vehículo en marcha, para impedir el ataque a su libertad en general –y deambulatoria y contra su derecho a la autodeterminación sexual, en particular–, lo que finalmente realiza la víctima, al persistir el conductor en su actitud coactiva y antijurídica, resultando muerta o lesionada al chocar violentamente contra el piso de la carretera, ese conductor responderá de un homicidio o, en su caso, de unas lesiones imprudentes –o dolosoeventuales, si concurren los presupuestos de esta modalidad de dolo–; pues con su comportamiento imprudente ha causado unas consecuencias lesivas previsibles, sin que pueda hablarse aquí de una participación imprudente en una autopuesta en peligro, excluyente de la imputación objetiva, dado que el *consentimiento* de la víctima en dicha autopuesta ha sido *ineficaz*.

El consentimiento también será *ineficaz*, por estar basado en un error, cuando la víctima cree que asume un grado de riesgo inferior al que realmente corre, en el caso de que ese elevado riesgo sea conocido por el partícipe. Por eso –y a pesar de que se trataba de una autopuesta en peligro–, la sentencia del TS de 4 de marzo de 1985 (A. 1968) condenó por homicidio dolosoeventual, con toda razón, al vendedor de una dosis de metadona adulterada, que hacía pasar por heroína, falleciendo posteriormente el comprador al autoinyectársela, ya que el dealer –no así el drogadicto– conocía perfectamente la peligrosidad de la sustancia, porque anteriormente se la había vendido a otra persona, que estuvo a punto de perecer, y que sólo logró salvar la vida «gracias a una rápida y eficaz intervención médica».

## 2. **La principal objeción contra el argumento *a maiore ad minus* derivado de la impunidad de la participación imprudente en el suicidio**

*a)* Contra el argumento *a maiore ad minus* derivado de la no-punibilidad de la participación imprudente (en Alemania ni siquiera lo es la participación dolosa) en el suicidio o en las auto-lesiones dolosas se han pronunciado, entre otros: Geppert (2),

---

(2) ZStW 83 (1971), p. 975: «Querer extender el elemento voluntativo del consentimiento también al resultado en los casos de asunción del riesgo es una “ficción metodológicamente deshonesta”».

Frisch (3), Torío (4), Fiedler (5), Mir (6), Weber (7), Zaczysk (8), García Álvarez (9), Degener (10), Cancio (11), Schönke/Schröder/Lenckner (12), Freund (13), Duttge (14) y Puppe. Esta última autora expone lo siguiente: «Pues la complicidad y también la inducción a una autolesión dolosa no es impune porque sea sólo una participación y no una autoría, sino porque la cuasiautoría del titular del bien jurídico supone una *disposición jurídicamente válida* sobre el objeto del bien jurídico en el sentido de que ya no

---

(3) FRISCH, 1988, p. 159, mantiene que de la impunidad de la participación dolosa en el suicidio no puede derivarse argumento alguno para fundamentar la impunidad en los supuestos de autopuesta en peligro, ya que en estos casos de lo que se trata es de negar la autoría imprudente en la muerte de otro (v. también, en parecido sentido, WALTHER, 1991, pp. 77/78). Por lo demás, FRISCH opina que en estos supuestos –y de acuerdo con la doctrina dominante– procede la absolución, pero que en ellos estamos (cfr. 1988, pp. 8/9, 198; *NStZ*, 1992, pp. 5 y 67; 1995, pp. 128, 133 ss.; Roxin-FS, 2001, pp. 232/233), no ante un problema de imputación objetiva, sino de ausencia de comportamiento típico.

(4) Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR-LH, 1989, p. 720: «En consecuencia, el consentimiento expreso en una acción imprudente que ponga en peligro, y ulteriormente lesione, la vida de la víctima carecería jurídicamente de significación. En tal homicidio culposo persistiría la responsabilidad juridicopenal del autor. Esta tesis es igualmente aplicable al consentimiento presunto. Particularmente el dato de que la conducta temeraria de la víctima haya codeterminado el resultado típico nunca podría ser reconducido a la doctrina del consentimiento. Contra esto hablaría en primer lugar la realidad de que el consentimiento en la pérdida de la vida debe enfrentarse con la presunción objetiva adversa a favor de la conservación de la vida».

(5) 1990, pp. 69 («No se presta atención a la consideración de que quien aprueba un riesgo ni mucho menos consiente en las lesiones cognoscibles que pueden derivar de aquél»), 70 [«Sin embargo, en la aprehensión y consideración juridicoprimales dogmáticas tiene que marcar una diferencia si el titular del bien jurídico únicamente (a lo sumo) quería el riesgo inmanente a una acción, o el riesgo y el resultado vinculado a él», subrayado en el texto original], 72 («cualquier equiparación del conocimiento del riesgo con la aceptación de la pérdida es, por consiguiente, una ficción»), 75 y 194.

(6) Cfr. *ADPCP*, 1991, pp. 266 ss.

(7) Cfr. *Spedel-FS*, 1992, pp. 376/377.

(8) Cfr. 1993, pp. 51 y 53.

(9) Cfr. *RDPC*, 1999, pp. 410/411.

(10) V. 2001, p. 342: «Ciertamente que es posible dar un paso *maior-minus* en el cambio de la participación dolosa a la culposa, pero no en la transición de la autolesión voluntaria de la víctima a la mera autopuesta en peligro. Aquí fracasa el argumento del con-mayor-motivo. Por el contrario: El menor conocimiento del riesgo por parte de la víctima hace surgir la cuestión de una mayor necesidad de protección».

(11) Cfr. *RDPC*, 1998, pp. 5 ss.; 2001, pp. 41 ss., 164 ss., 193 ss.

(12) V. *StGB*, 2001, observaciones previas a los §§ 13 ss., n. m. 92 a.

(13) Cfr. *MünchKommStGB*, 2003, antes de los §§ 13 ss., n. m. 383.

(14) V. *MünchKommStGB*, 2003, § 15, n. m. 150.

existe interés alguno en su mantenimiento. Con ello, su lesión deja de representar un desvalor del resultado. Frente a ello, la lesión de un objeto del bien jurídico propio mediante *una autopuesta en peligro* no es, dentro de la presente conexión, un *Minus*, sino un *Maius*, porque la autopuesta en peligro *per se* no supone renuncia alguna del interés en el mantenimiento del objeto del bien jurídico ... Por ello, y en cualquier caso, en la participación en la autopuesta en peligro ajena no falta el desvalor del resultado. Por consiguiente, de la impunidad de la participación en la autolesión ajena y cuasidolosa no se sigue nada para la impunidad de la participación en la autopuesta en peligro ajena» (15).

b) La objeción formulada por la doctrina contra el argumento *a maiore ad minus* consiste, por consiguiente, en que dicho argumento estaría aquí fuera de lugar, ya que la participación imprudente en un suicidio (*doloso*) –impune tanto en España como en Alemania– sería heterogénea respecto de la participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente con resultado de muerte de la víctima, porque en el primer supuesto ésta *se quiere matar*, mientras que en el segundo no sólo no persigue su muerte, sino que *confía* en que esa muerte no se va a producir. Pero esta objeción debe ser rechazada.

Ciertamente que en la participación imprudente en el suicidio (por ejemplo: a pesar de que era previsible, pero sin querer ese resultado, el partícipe deja una sobredosis de morfina al alcance de una persona con tendencias suicidas, utilizando ésta la sustancia para, intencionadamente, acabar con su vida) la víctima *quiere* y ejecuta su propia muerte, mientras que en la participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente con resultado de muerte (por ejemplo: el dealer vende al drogadicto heroína adulterada –circunstancia que ambos desconocían– falleciendo la víctima al autoinyectársela), la víctima, en cambio, *no quiere* su muerte, aun siendo consciente del peligro que corre. Pero, a pesar de que en los dos casos el comportamiento de la víctima es impune, la participación es más grave en el primer caso que en el segundo, en cuanto que, si utilizamos categorías juridicopenales, también es «más grave» la conducta principal atípica a la que contribuyen: automuerte *dolosa* en el primer caso (suicidio) y automuerte *imprudente* en el segundo (suicidio «imprudente»). Esta conclusión a la que llego, examinando los dos supuestos desde la «gravedad juridicopenal» –si se me per-

---

(15) PUPPE, *NK*, 2005, antes del § 13, n. m. 184, negritas en el texto original. Cfr. también *la misma AT*, 1, 2002, § 6, nn. mm. 3 y 4.

mite emplear esta expresión– de la conducta principal atípica, se corresponde también con el análisis del comportamiento desde la perspectiva del partícipe imprudente, pues es mayor la infracción del deber de diligencia si para aquél, poniendo el instrumento (la sobredosis de morfina) al alcance de la víctima, *era previsible la muerte segura* de aquélla (porque se iba a suicidar) que si, facilitándolo (la heroína), *sólo era previsible una muerte posible* (porque la víctima no se quería matar, sino que sólo se iba a someter a un riesgo que podía desencadenar, tal vez, su propia muerte). Y si lo más grave (tanto desde la perspectiva de la víctima, porque el hecho principal es doloso, como desde la perspectiva del partícipe, porque lo previsible es una muerte cierta), es decir: si la participación imprudente en un suicidio, no es punible, con mayor motivo no puede serlo lo menos grave (porque, desde la perspectiva de la víctima, el hecho principal es imprudente, y porque, desde la perspectiva del partícipe, lo previsible no es una muerte cierta, sino sólo una posible), es decir: la participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente con resultado de muerte.

Este mismo razonamiento es aplicable, naturalmente, al caso de participación en una autopuesta en peligro con resultado de lesiones: si lo más grave –la participación imprudente en unas autolesiones dolosas– no es punible, entonces tampoco puede serlo lo menos grave –la participación imprudente en unas autolesiones imprudentes.

c) Una vez establecidos los principios por los que se deben regir la participación en una autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida, y rechazada la principal objeción contra la tesis que aquí defiendo, a continuación paso a exponer, y a tratar de solucionar, cuatro grupos de casos que en los últimos tiempos han desencadenado una amplia discusión doctrinal y jurisprudencial.

## B) MEDIDAS DE SALVAMENTO EMPRENDIDAS A RAÍZ DE UN SINIESTRO PROVOCADO ANTIJURÍDICAMENTE

### 1. Introducción

a) Cuando una persona origina antijurídicamente (dolosa o imprudentemente) un siniestro (por ejemplo, un incendio), y otras personas «salvadoras» (bomberos profesionales o particulares) pierden la vida o sufren lesiones, al intentar sofocar las llamas, tales supuestos podrían considerarse, en principio, como de participación

en autopuestas en peligro –no es el que provoca el siniestro quien, como autor material, causa la muerte o las lesiones de otro, sino que son estos mismos quienes se las autocausan como consecuencia de sus acciones arriesgadas–, lo que condicionaría, de acuerdo con las reglas generales establecidas supra A 1, la impunidad del incendiario (del «primer causante») por los menoscabos sufridos por los salvadores en sus bienes jurídicos.

*b)* En estos supuestos la doctrina distingue, dentro de los salvadores, entre aquellos que están jurídicamente obligados a intervenir, y quienes lo hacen espontáneamente sin que el ordenamiento jurídico les haya impuesto deber alguno de actuar.

En el primer caso, se encuentran, por ejemplo, los bomberos, que están obligados profesionalmente a combatir las llamas.

Y también los particulares que pudieran evitar daños a las personas, ya que, en tal supuesto, existe la obligación juridicopenal de actuar, bajo amenaza, si no se presta la ayuda debida, de incurrir en una omisión del deber de socorro (art. 195 CP). De todas formas, y por lo que se refiere a estos particulares juridicopenalmente obligados, sólo en muy raras ocasiones podrían sufrir menoscabos en sus bienes jurídicos, pues en el momento en que la acción de salvamento encierra algún «riesgo» para su persona (penetrar en el edificio en llamas comporta el peligro de sufrir quemaduras que pueden afectar a su salud o a su vida), el Código Penal les exime de cualquier obligación de intervenir, ya que éste *sólo exige esa ayuda* cuando puede llevarse a cabo «sin riesgo propio ni de terceros» (art. 195 CP). Además, si lo que amenaza el incendio del edificio, en cuyo interior no se encuentra persona alguna, son solamente daños a la propiedad, tampoco existe deber de actuar, pues el artículo 195 CP únicamente es aplicable cuando no se evitan daños «personales» ajenos (no socorrer «a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave»), por lo que no existe omisión del deber de socorro cuando –si no se interviene– lo único que podrían sufrir menoscabos serían las cosas.

*c)* Al margen de esas personas que, por su profesión, como los bomberos, o porque, si no, incurrirían en una omisión del deber de socorro (deber juridicopenalmente establecido), están obligadas a intervenir, la doctrina examina también la posible imputación objetiva al desencadenante del siniestro (al incendiario) de los daños en la vida o en la salud que pueda sufrir quien, por razones altruistas o de otra índole, se lanza espontáneamente, *sin que le incumba deber jurídico alguno de actuar*, a combatir las llamas, tal como sería el caso del heroico particular que pasa por delante del edificio en el

que se está produciendo el siniestro y, en lugar de regresar a su casa, o de ir a su lugar de trabajo, o de permanecer en el exterior, contemplando los estragos que está causando el fuego, decide emprender «medidas salvadoras» para rescatar a personas que se encuentran en el interior de la casa en situación apurada o para evitar la propagación del incendio.

**2. La posición de la doctrina dominante: en principio, procede la imputación al causante del siniestro de los menoscabos que pueden autocausarse quienes emprenden «medidas salvadoras»**

a) *Responsabilidad por los daños que se autocausan personas jurídicamente obligadas a intervenir*

aa) La doctrina dominante, para justificar por qué el causante del siniestro debe responder de los eventuales daños que sufren los «salvadores», acude al argumento de que en esas autopuestas en peligro el consentimiento en la situación de riesgo no es eficaz, ya que, como sucede en el caso de los bomberos, estos actúan «coaccionados» por el deber jurídico que les obliga a actuar.

En este sentido se han manifestado, entre otros, Rudolphi (16), Schumann (17), W. Frisch [«Difícilmente puede argumentarse, dentro de la presente conexión (cuando el salvador está jurídicamente obligado a actuar), con *una decisión del salvador libre y autorresponsable a favor de la acción de autopuesta en peligro ... En la situación misma de salvamento no puede hablarse de una decisión libre y autorresponsable del salvador*, porque éste está obligado a ejecutar la acción arriesgada, esto es: porque, dentro del marco del Derecho, no puede actuar de otra manera»] (18), Maurach/Gössel (19), Cor-

---

(16) Cfr. JuS, 1969, p. 557; SK, 2005, antes del § 1, nn. mm. 80 [«... el salvador (jurídicamente obligado) no es libre en su decisión»], 81.

(17) V. 1986, p. 70, n. 2.

(18) 1988, p. 475, cursivas añadidas [W. FRISCH, de acuerdo con la particular y rechazable teoría que defiende, que apenas ha encontrado adeptos, estima (*op. cit.*, p. 474; Nishihara-FS, 1998, p. 74), de todas maneras, que en estos casos no estamos ante un problema de imputación objetiva, sino de comportamiento típico].

(19) AT II, 1989, § 43, n. m. 73: «El deber aquí existente de prestar ayuda [en el caso de los bomberos o de la obligación juridicenal de socorro] excluye de considerar *jurídicamente libre* la decisión de exponerse a la situación de peligro» (cursivas en el texto original).

coy (20), Fiedler (21), Sowada (22), Bernsmann/Zieschang (23), Cancio (24), Schönke/Schröder/Lenckner (25), Degener (26), Cuello Contreras (27), Puppe (28), Freund (29), Duttge (30), Hoyer (31).

bb) Otros autores llegan a la *misma conclusión* de responsabilidad del primer causante por los daños que se autocausa el salvador obligado jurídicamente a intervenir, acudiendo a razonamientos distintos del de que este último no actúa libremente, sino coaccionado.

---

(20) Cfr. 1989, p. 556. A pesar de que CORCOY considera que la autopuesta en peligro del bombero no es voluntaria, estima, no obstante, con la tesis minoritaria (infra 3), que al incendiario no se le pueden imputar los daños personales que se autocausa el salvador (cfr. *op. cit.*, loc. cit.).

(21) 1990, p. 188: «En tales casos [de las personas jurídicamente obligadas a intervenir] el salvador, precisamente en su decisión de si debe o no exponerse al peligro, no es libre, se encuentra forzado por el autor a autoponerse en peligro».

(22) Cfr. *JZ*, 1994, p. 665, n. 1.

(23) V. JuS, 1995, p. 778, quienes, en el caso del salvador –tanto si está obligado jurídicamente, como si no, a intervenir– fundamentan la responsabilidad del primer causante en que dicho salvador no actúa libremente, si bien entienden que los conceptos de «libertad» y de «autorresponsabilidad» no son «categorías puramente empíricas», sino «normativas».

(24) CANCIO, sin distinguir entre salvadores obligados y no obligados jurídicamente a intervenir, establece, 2001, p. 343, que «si la conducta del salvador ... constituye una medida razonable, resulta artificioso sostener que se trata de una conducta libre. Aunque el salvador tenga, en efecto, la posibilidad de optar por no realizar el intento de salvamento, su comportamiento no se explica sin el contexto del riesgo inicial: en efecto, es el autor el que le ha impuesto esa conducta».

(25) Cfr. StGB, 2001, observaciones previas a los §§ 13 ss., n. m. 101 c.

(26) Cfr. 2002, pp. 368 ss., sin distinguir entre salvadores obligados y no obligados jurídicamente: en ambos casos estima que estamos ante «una presión de motivación que conduce a la falta de libertad».

(27) Cfr. PG, 2002, VIII/178.

(28) AT 1, 2002, § 6, n. m. 36, equiparando a las personas obligadas jurídicamente a intervenir con las que no lo están: «Nadie debe llevar a otro a una situación en la que sea razonable –es decir, en la que esté indicado– autoponerse en peligro. Con mayor motivo rige esto para una situación en la que incluso está obligado a ello. Ambas [categorías] de salvadores pueden actuar, en una visión externa, libremente, pero, en realidad, están coaccionados». V. también § 13, nn. mm. 28 y 33, y *la misma*, NK, 2005, antes del § 13, n. m. 186.

(29) Cfr. *MünchKommStGB*, 2003, antes de los §§ 13 ss., n. m. 388.

(30) V. *MünchKommStGB*, 2003, § 15, n. m. 155: «... mientras que en el caso de los “salvadores profesionales” (como, en especial, los miembros del servicio de extinción de incendios o de la policía) falta siempre, dentro del marco del círculo de deberes que les viene impuesto, la autorresponsabilidad (y, por ello, hay que atribuir al “causante” la consecuencia del hecho como producida por “imprudencia”)».

(31) Cfr. SK, 2005, Apéndice al § 16, n. m. 44.

En este sentido, se han manifestado, entre otros, Sowada (32), Jescheck/Weigend (33), Cerezo (34), Feijoo (35), Schroeder (36).

b) *Responsabilidad por los daños que se autocausan personas que no están jurídicamente obligadas a intervenir*

La doctrina dominante estima también que al causante del siniestro se le deben imputar igualmente los daños en la salud o en la vida que puedan autocausarse los salvadores, *aunque éstos no estén jurídicamente obligados a actuar*, tal como sucedería con el viandante que, al presenciar un incendio, decide intrépidamente salvar a las personas que, dentro del edificio en llamas, se encuentran amenazadas por éstas. La fundamentación de por qué en estos casos deben imputarse al «primer causante» los daños que se autocausan los salvadores no es unitaria, acudiéndose a distintas formas de argumentar.

aa) Un sector de la doctrina opina que tampoco en estos casos de personas no obligadas jurídicamente a intervenir puede

---

(32) V. *JZ*, 1994, p. 664, donde, acudiendo a una fundamentación distinta a la de la coacción que sufre el salvador (cfr. supra n. 22), entiende que el motivo por el cual el primer causante debe responder de los daños que se autocausa el salvador –independientemente de si está o no jurídicamente obligado a intervenir– reside «en la especial necesidad de protección del salvador que está actuando en un sentido socialmente deseado».

(33) Cfr. *AT*, 1996, p. 288, quienes, sin ulterior fundamentación, se limitan a decir que «hay que afirmar la imputación objetiva independientemente de si existe un deber de salvamento, ya que la puesta en peligro del salvador pertenece a la esfera de riesgo del autor».

(34) CEREZO, *PG II*, 1998, p. 108, afirma, sin ulterior fundamentación, que «sí le es imputable al que incendia su casa por imprudencia, la muerte de un bombero al tratar de extinguir el fuego».

(35) V. *RDPC*, 2000, p. 318, donde, extendiendo esa argumentación tanto a los salvadores obligados como a los no obligados jurídicamente, expone: «No existe una autolesión atípica si en el momento de llevar a cabo su acción y de acuerdo con los datos que tiene a su alcance el salvador toma una decisión solidaria asumible por el ordenamiento jurídico. Por tanto, los posibles resultados lesivos que sean consecuencia de esa decisión valorada positivamente por el ordenamiento jurídico son sólo imputables al que ha motivado esa decisión. El ordenamiento jurídico no puede considerar que ese tipo de acciones es un “asunto propio” del sujeto solidario, cuando se actúa de acuerdo con unos principios generales reconocidos de forma clara por el CP (por ejemplo, esta idea de solidaridad es lo único que obliga a tener que aceptar los sacrificios del estado de necesidad)».

(36) Cfr. *LK*, 2003, § 16, n. m. 182.

hablarse de una «decisión libre» de autopuesta en peligro, por lo que el consentimiento en dicha autopuesta seguiría siendo *inválido*: «Que en tales casos el salvador se encuentre dispuesto a la salvación, asumiendo un considerable riesgo personal, tiene motivos muy concretos: tiene su fundamento en que las correspondientes ideas eticosociales del salvador son, por lo general, tan importantes, que se decide a actuar. *El caso se encuentra, por consiguiente, en un plano muy similar al caso de la exclusión de una decisión libremente responsable por la existencia de regulaciones jurídicas que imponen obligaciones*; sólo que el elemento que restringe el ámbito de motivación es de otra índole. Así contempladas las cosas, y teniendo en cuenta que los contenidos eticosociales a menudo se siente que obligan aún más intensamente que las regulaciones jurídicas, aparece como perfectamente defendible afirmar que *los casos aquí tratados deben ser considerados también como de ausencia de “voluntariedad”*» (37). En parecido sentido se han pronunciado Bernsmann/Zieschang (38), Degener (39),

---

(37) W. FRISCH, 1988, p. 487, cursivas añadidas. De todas formas, W. FRISCH, *op. cit.*, pp. 484/485, utiliza, más que complementaria, alternativamente, otra argumentación para explicar por qué, en los supuestos de personas no obligadas jurídicamente a intervenir, los resultados dañosos que éstas puedan sufrir se le deben imputar asimismo al «primer causante»: «La comunidad está en alta medida interesada, también en los casos en los que falta un deber jurídico, en que se produzca una acción razonable de salvamento, aunque, por motivos bien meditados, no impone ese interés estableciendo deberes jurídicos ...– En la medida en que acciones arriesgadas de salvamento, y teniendo en cuenta la situación conjunta (proporcionalidad de los bienes y dimensión de los peligros, capacidades del salvador, etc.), sean razonables, y, por consiguiente, sean valoradas de manera positiva eticosocialmente (y, por lo demás, también jurídicamente), en que, por tanto –y a pesar de la renuncia a la imposición jurídica de un deber– esté interesada en la ejecución de las acciones correspondientes, se presenta como necesario y adecuado proteger (juridicopenalmente) a quien hace lo que (ex ante) aparece como deseado. Por consiguiente, la creación de situaciones que conlleven la necesidad de medidas arriesgadas de salvamento debe ser considerada también, en principio, con respecto a acciones de salvamento del peligro así creado por parte de personas no obligadas, como creación de peligro típicamente desaprobada (en el sentido de los tipos de lesiones o de delitos contra la vida). De acuerdo con ello, las consecuencias de las acciones razonables de salvamento constituyen la realización del peligro desaprobado creado por el causante, y se le deben imputar a éste de la misma manera como las correspondientes consecuencias de la acción del salvador que está obligado a intervenir». En esta argumentación alternativa insiste W. FRISCH también en posteriores escritos (cfr. *NStZ*, 1992, p. 65; 1995, p. 140; Nishihara-FS, 1998, pp. 67/68, 82/83).

(38) Cfr. supra, n. 23.

(39) V. supra, n. 26.

Puppe (40), Schönke/Schröder/Lenckner (41), Freund (42), Hoyer (43).

bb) A igual conclusión de responsabilidad del autor del siniestro por los daños que se autocausan los salvadores no obligados a intervenir llega otro sector de la doctrina, acudiendo a otra fundamentación distinta de que esos salvadores actúan coaccionados y de que, por consiguiente, su consentimiento en la autopuesta en peligro es ineficaz. Así, por ejemplo, W. Frisch (44), Sowada (45), Jescheck/Weigend (46), Feijoo (47), Schroeder (48), Rudolphi (49).

El Bundesgerichtshof fundamenta la responsabilidad del primer causante, en un caso que se ocupa de un salvador no obligado jurídicamente a intervenir –pero con una argumentación que también es extensible a quien sí lo está–, negando que en estos casos estemos realmente ante una *participación* en una autopuesta en peligro imprudente. En la sentencia BGH 39, 322, en la que se condena por homicidio imprudente al incendiario, cuando, al intentar sofocar las

---

(40) V. supra, n. 28. Además, PUPPE, *NK*, 2005, antes del § 13, n. m. 197, estima que «tampoco actúa voluntariamente el salvador que, por pánico, actúa irrazonablemente. También por este pánico excluyente de la libertad es responsable el causante del primer peligro».

(41) StGB, 2001, observaciones previas a los §§ 13 ss., n. m. 101 c: «Con ello se hace referencia a los casos que se hallan al margen de un deber jurídico de actuar, que pueden ser aquellos en los que el salvador, para el que es un simple deber de humanidad ayudar a otros que se hallan necesitados, toma de manera análoga [a la de los jurídicamente obligados] una decisión que no es libre».

(42) *MünchKommStGB*, 2003, antes de los §§ 13 ss., n. m. 389: «Porque también quien sin deber jurídico emprende un –no completamente irrazonable– intento de salvamento, no está persiguiendo, en modo alguno, su “placer personal”. Tampoco se trata de una autopuesta en peligro “voluntaria” o de una renuncia a los bienes jurídicos en el sentido de que el afectado ya no sea digno de protección ante el reto correspondiente. Por el contrario, el afectado tiene un interés digno de protección en ser preservado de tales peligros».

(43) V. SK, 2005, Apéndice al § 16, n. m. 45.

(44) V. supra n. 37, donde W. FRISCH expone una argumentación alternativa a la de la falta de libertad del salvador.

(45) V. supra n. 32.

(46) V. supra n. 33.

(47) V. supra n. 35, donde, como se ha expuesto, la fundamentación a la que acude FEIJOO la extiende a salvadores obligados y no obligados jurídicamente.

(48) V. LK, 2003, § 16, n. m. 182.

(49) En relación con los no obligados jurídicamente, RUDOLPHI, SK, 2005, antes del § 1, n. m. 81, escribe: «Pero habría que dar todavía un paso adelante e incluir en el campo de protección jurídica a quien se autopone en peligro mediante una acción de salvamento, cuando, de una ponderación de los bienes jurídicos enfrentados entre sí, resulta que el fin de salvamento perseguido debe ser valorado –incluyendo el grado de peligro que corren– más alto que la autopuesta en peligro».

llamas, resulta la muerte de un salvador no obligado jurídicamente a intervenir, el tribunal alemán fundamenta por qué no aplica su doctrina de que es impune la participación en una autopuesta en peligro, tal como había establecido en los casos de la jeringuilla y de la entrega de heroína (50), razonando que en este supuesto del incendio en realidad no estamos ante una *participación* en una autopuesta en peligro, ya que, así como en los casos de la jeringuilla y de la heroína existió *acuerdo* entre partícipe y víctima en la autopuesta en peligro de esta última, en cambio en el del BGH 39, 322, dicho acuerdo no concurrió, ya que «*sin la colaboración y sin el acuerdo de la víctima* [se colocó] un peligro considerable para un bien jurídico de la víctima y de las personas que le son próximas, y, con ello, un motivo razonable para medidas de salvamento peligrosas» [BGH 39, 322 (325), negritas añadidas]. Si esta argumentación fuera válida se habría encontrado un fundamento sólido para explicar por qué son imputables al causante del siniestro los daños que se autocausa el salvador: porque, si la razón por la que no responde el partícipe imprudente en una autopuesta en peligro imprudente con resultado de muerte o lesiones reside en que, si no es punible la participación imprudente en una automuerte o en una autolesión dolosas, con mayor motivo no puede serlo en una automuerte o en una autolesión imprudentes, entonces esa razón no sería aplicable a este caso donde, al no haber acuerdo

---

(50) En el caso de la jeringuilla (BGH 32, 262, sentencia de 14 de febrero de 1984, reproducida en *NStZ*, 1984, pp. 410-411), H, la víctima, había comunicado al acusado que poseía heroína, y este último «se decidió a proporcionar las jeringuillas necesarias, cuando H, que era conocido como consumidor de drogas duras, le reveló que ya no le daban jeringuillas en ninguna parte». Una vez que el acusado le facilitó la jeringuilla a H, éste se inyectó una mezcla de heroína con cafeína, falleciendo como consecuencia de la droga en el cuarto de baño de un restaurante. La sentencia de instancia había condenado al acusado por un homicidio imprudente, por haber facilitado la jeringuilla con la que la víctima se autocausó, imprudentemente también, la muerte, sentencia que es revocada por el Tribunal Supremo alemán, absolviendo a aquél sobre la base de la siguiente argumentación: «Quien ocasionalmente, posibilita o favorece imprudentemente la acción autorresponsible de quien se automenoscaba, y que conduce a su automuerte o autolesión, no puede ser punible, cuando no sería punible en el caso del ocasionalismo, posibilitación o favorecimiento dolosos ... Si se le castigara por homicidio o lesiones imprudentes, porque había colocado, infringiendo el deber de diligencia, una condición para el resultado previsible (o previsto), esa punición vulneraría la relación escalonada de las formas de culpabilidad [dolo e imprudencia] que encuentran su expresión en los §§ 15 y 18 StGB».

Al mismo fallo absolutorio, y remitiéndose a la sentencia del caso de la jeringuilla, se llegó en la sentencia de 9 de noviembre de 1984 (caso de la heroína, reproducida en *NStZ* 1985, pp. 319 ss.), que revocó la condena por homicidio imprudente de un acusado que había facilitado heroína a la víctima, que falleció después de autoinyectársela.

entre tercero y víctima (al no haber concertado el incendiario con el salvador la autopuesta en peligro de éste), *habría que negar al primero la condición de partícipe*.

Esta argumentación del BGH parte de la idea de que, para que exista participación, tiene que haber acuerdo entre partícipe y autor material (51). Pero ello no es así porque: como *tan participación dolosa en el suicidio* es la de quien, *de acuerdo con ella*, entrega a la víctima una pistola para que se pegue un tiro, como la de quien *–sin acuerdo con el suicida, pero conociendo que éste está decidido a privarse de la vida–* deja encima de su mesilla de noche un arma de fuego con la que aquél, posteriormente, se dispara en la sien, por ello, tan participación imprudente en una autopuesta en peligro será la de quien, *de acuerdo con la víctima*, crea una ocasión para la autopuesta en peligro de ésta (casos de la jeringuilla y de la entrega de heroína), como la de quien, sin ese acuerdo (caso del incendio), y, prendiendo fuego a un edificio, provoca que el salvador-victima se autoponga en peligro (52).

c) *Limitaciones a la responsabilidad del primer causante por los daños que se autocausan los salvadores*

Ya Rudolphi, en su trabajo pionero publicado en la *Juristische Schullung* (JuS) del año 1969 (53), a pesar de que consideraba responsable al primer causante por los daños que pudieran autocausarse quienes emprendían medidas de salvamento, había señalado que esa responsabilidad no podía ser ilimitada y que quedaba excluida en los supuestos en los que «el fin de salvamento perseguido está fuera de cualquier proporción con los peligros a los que se expone con sus medidas de salvamento. Se puede pensar, por ejemplo, en el caso de que alguien se exponga a una muerte casi segura para salvar una cosa de poco valor de una casa incendiada. Pues en los casos de esta naturaleza la medida de salvamento, por la burda desproporción entre la protección perseguida de los bienes jurídicos y los bienes jurídicos que se ponen en juego, ya

---

(51) Que puede haber participación sin ese acuerdo he tratado de fundarlo ya en *mi Autor y cómplice*, 1966, pp. 86/87.

(52) De acuerdo con lo que acabo de exponer, FRISCH, Nishihara-FS, 1998, pp. 76/77, quien critica el argumento de BGH 39, 222, de que en ese supuesto no existiría participación, con el siguiente argumento: «la decisión BGH 32, 262 [caso de la jeringuilla], desde el aspecto de la punibilidad por homicidio imprudente, no habría podido tener un texto distinto, aunque el autor no hubiera entregado la jeringuilla o la droga a la víctima (capaz de una decisión autorresponsable) de acuerdo con aquélla, sino que le hubiera hecho posible la autopuesta en peligro, dejando a su alcance des cuidadamente el instrumento del hecho».

(53) V. su referencia en la bibliografía recogida al final del presente artículo.

no es aprobada por el ordenamiento jurídico» (54). Rudolphi, de todas maneras, es consciente ya de las dificultades que presentan otros casos en los que la desproporción no es tan evidente, preguntándose «¿cómo hay que decidir cuando el propietario de la casa que está ardiendo intenta salvar toda su fortuna con peligro para su vida o con considerable peligro para su integridad física?», conformándose, finalmente, con el establecimiento del principio general de que «hay que incluir en el ámbito de protección de las normas juridicopénales a quien, con la acción de salvamento, se autopone en peligro, cuando una ponderación de los bienes jurídicos contrapuestos –incluyendo el riesgo que corren– da como resultado que el fin perseguido de salvamento debe ser más valorado que la autopuesta en peligro» (55).

Desde entonces la doctrina ha asumido esta idea de que la responsabilidad del primer causante no puede extenderse a *cualquier* supuesto en el que el salvador se auto-mata o se autolesiona, exigiendo, para que aquella responsabilidad pueda entrar en juego, que la acción de salvamento no haya sido «irrazonable» (56),

(54) JuS 1969, p. 557

(55) RUDOLPHI, *op. cit.*, loc. cit.

(56) Así, BGH 39, 322 (326: «abiertamente irrazonable»); W. FRISCH, 1988, p. 485; *el mismo*, Nishihara-FS, 1998, p. 85; SOWADA, JZ, 1994, p. 664; DERKSEN, NJW, 1995, p. 241; PUPPE, AT 1, 2002, § 6, n. m. 36, § 13, n. m. 33; *la misma*, NK, 2005, antes del § 13, n. m. 186. Escépticos sobre la aplicabilidad del criterio de la «irrazonabilidad» BERNSMANN/ZIESCHANG, JZ, 1995, p. 778: «Cuando el intento de salvamento se emprende para el mantenimiento de un bien cuyo valor se encuentra considerablemente por debajo de la integridad física o de la vida que pone en peligro el salvador, es posible que concurra una “falta de proporcionalidad”. Pero lo “desproporcionado” no tiene por qué ser, al mismo tiempo, “abiertamente irrazonable”, ya que la determinación de lo que sea “irrazonable” depende decisivamente de la perspectiva desde la que se valore ...— Por el contrario, y por ejemplo, puede ser “irrazonable” desde cualquier punto de vista el intento desesperado de un progenitor —en la esperanza de una casualidad feliz que nunca puede excluirse— de salvar a su hijo de la muerte literalmente a cualquier precio. Sin embargo, el causante del peligro habría colocado justamente aquí un motivo de salvamento cuya fuerza de presión está próxima a la del instinto de conservación, por lo que, a la vista de ello, categorías como la de la “irrazonabilidad” o “carencia de sentido” no representarían obstáculos de un peso especial para la actuación». Contra el criterio de la «irrazonabilidad», ROXIN, AT I, 2006, § 11, nn. mm. 115 [«El juicio sobre qué acciones de salvamento son (más o menos) “razonables” depende de tantos imponderables que, ya sobre la base del principio de certeza, no se le debe vincular la punibilidad»], 117 (si se hace depender la responsabilidad de que «la acción de salvamento “no sea abiertamente irrazonable”, ello pone de manifiesto a qué arbitrariedad conducen tales delimitaciones»). V. también REYES, 1994, p. 366: «En consecuencia, como los parámetros que posee el juez para determinar lo que es o no valioso no siempre coincidirán con los que maneja la víctima, la distinción propuesta entre acciones de salvamento razonables y las desproporcionadas con el peligro no ofrece seguridad jurídica alguna».

«osada» (57), «aventurada» (58) o «caprichosa» (59). En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia alemana, que estima que el causante de un incendio no responde de los daños que se autocause el salvador cuando «se trata de un intento de salvamento unido a riesgos carentes de sentido desde un principio o abiertamente desproporcionados» (60).

A la hora de la difícil concreción de estos conceptos abstractos (61) («riesgos irrazonables, osados, aventurados, carentes de sentido»), se ha considerado que habría que estimar «irrazonables» las medidas de salvamento «si el bombero que emprende una acción de salvamento lo hace de modo descuidado sin su traje ignífugo o sin su máscara de oxígeno» (62), «si alguien fallece al intentar salvar su colección de sellos de un incendio provocado dolosamente» (63), o «cosas de poco valor o para demostrar su valentía o para ganar una apuesta» (64), si el salvador «actúa por motivaciones puramente personales (morales, religiosas, búsqueda de prestigio social como héroe o de una medalla, etc.)» (65), «si la acción de salvamento está dirigida al rescate de una maleta con heroína robada» o «si alguien (por ejem-

(57) Así, W. FRISCH, 1988, p. 485; *el mismo*, Nishihara-FS, 1998, p. 85.

(58) Así, W. FRISCH, 1988, p. 485.

(59) Así, SOWADA, JZ, 1994, p. 666 n. 27; DEGENER, 2001, p. 373; PUPPE, AT 1, 2002, § 13, n. m. 247.

(60) BGH 39, 322 (326). V. también SCHROEDER, LK, 2003, § 16, n. m. 182: «En referencia a la clase y a la proximidad de los daños amenazantes, la autopuesta en peligro y el peligro a impedir deben figurar en una relación razonable».

(61) W. FRISCH, Nishihara-FS, 1998, p. 85 (cursivas añadidas), escribe, dentro de esta conexión, lo siguiente: «Con el fundamento de esta interpretación sistemática, parece evidente decir que salvadores potenciales no son dignos o no están necesitados de protección, mediante prohibiciones dirigidas a terceros, cuando determinadas consecuencias pueden producirse sobre la base de un comportamiento propio irrazonable, carente de sentido u osado .... *Naturalmente que el límite bosquejado está necesitado de concreción*. No sólo se plantea la cuestión de cómo precisar la irrazonabilidad de acuerdo con la relación de riesgos y de las posibilidades [de salvamento]. También está necesitado de discusión, por ejemplo, si el criterio debe ser entendido más objetivamente, o en el sentido de una irrazonabilidad aprehendida, o, tal vez, sólo en el sentido de la aprehensión de las circunstancias que fundamentan este juicio». V. también, SOWADA, JZ 1994, pp. 664/665, quien estima que la fórmula genérica, necesitada de ulterior concreción, sería la siguiente: «Cuanto más valioso sea el bien a salvar, a mayores riesgos se puede exponer el salvador sin perder la protección del Derecho penal». Cfr., asimismo, DEGENER, 2001, p. 373, para quien en la «transición de la “falta de libertad” al “capricho” ... el límite siempre será incierto».

(62) CANCIO, 2001, p. 345. En el mismo sentido FEIJOO, RDPC 2000, p. 324.

(63) FEIJOO, RDPC 2000, p. 315 n. 124.

(64) PUPPE, AT 1, 2002, § 13, n. m. 35.

(65) FEIJOO, *op. cit.*, p. 321. V. también PUPPE, AT 1, 2002, § 6, n. m. 36: «... jóvenes que entraban en la casa ardiendo para demostrar su valor».

plo, como curioso) se expone autorresponsablemente a los efectos del peligro primario» (66).

En cambio, sería «razonable», por ejemplo, y los resultados lesivos deberían imputarse al primer causante, cuando el salvador actúa para rescatar toda su fortuna (67), pues «la víctima de un incendio también merece la protección del ordenamiento jurídico frente al peligro de precipitarse en una casa amenazada de derrumbamiento o envenenada de humo para salvar cosas valiosas o que le son queridas» (68). Para Puppe (69), y a la vista de lo dramático de la situación, los criterios de cuándo la acción de salvamento es razonable deben ser establecidos en niveles más bajos que los de uso corriente: «Si una madre muere en medio del humo y de las llamas, porque ha intentado salvar a su hijo de la vivienda incendiada, entonces el incendiario que ha llevado a esa situación es plenamente responsable de su muerte» (70).

### 3. La posición minoritaria: al causante del siniestro no se le pueden imputar objetivamente los menoscabos que puedan autocausarse quienes emprenden medidas de salvamento

#### a) *El origen de esta posición minoritaria en Roxin: sus argumentos*

Ya desde el inicio de la aprehensión de la participación en una autopuesta en peligro y de la heteropuesta en peligro consentida como un problema de imputación objetiva, Roxin, con una posición que ha seguido manteniendo hasta nuestros días, ha defendido la tesis de que al incendiario no se le podía hacer responsable por los eventuales daños que se autocausaran las personas –jurídicamente obligadas a intervenir o no– en el curso de la actividad desplegada –por muy «razonable» que ella sea– para combatir el siniestro. Para fundamentar esta tesis Roxin operaba –y sigue operando– con todo un arsenal de argumentos.

---

(66) SOWADA, JZ, 1994, p. 667.

(67) Así, RUDOLPHI, JuS 1969, p. 557. V. también, aunque más restrictivamente, operando analógicamente con el estado de necesidad, FEIJOO, RDPC, 2000, p. 322: «Así puede ser razonable en un determinado supuesto correr el peligro de sufrir una lesión leve que no precisa tratamiento quirúrgico para salvar todo el patrimonio personal que ha costado años de trabajo o la única copia de una tesis doctoral casi finalizada».

(68) PUPPE, AT 1, 2002, § 13, n. m. 35.

(69) Cfr. AT 1, 2002, § 13, nn. mm. 24 y 25.

(70) *Op. cit.*, § 13, n. m. 34

En primer lugar, en el caso de las personas jurídicamente obligadas a intervenir, como los bomberos, Roxin argumenta que esa intervención no sólo está condicionada por el incendiario, a quien se le quieren imputar objetivamente los daños que pudiera sufrir el salvador en su persona, «sino también por el mandato del legislador», por lo que «entonces, consecuentemente, ese legislador también debería ser hecho responsable por los eventuales daños producidos» (71).

En segundo lugar, y para el caso de los salvadores no obligados jurídicamente a intervenir, Roxin afirma que tampoco en estos supuestos el incendiario debe responder, fundamentándolo en que, en otro caso, a aquéllos se les plantearía un problema de conciencia: «Quien, por su propia decisión –y sin obligación jurídica–, quiere poner en juego su vida por los otros, caerá en conflictos sin salida si se plantea la pregunta de si es compatible con su conciencia que su osadía –que nadie le exige– pueda acarrear, posiblemente, una pena criminal para terceros (a saber, para el causante o los causantes del accidente)» (72).

Finalmente, Roxin llega a la misma conclusión de no-responsabilidad del primer causante, alegando que, si se le pudieran imputar los eventuales resultados dañosos para el salvador, aquél tendría que calcular cínicamente si le interesaba o no avisar a terceros (tanto a los obligados como a los no obligados jurídicamente a intervenir) para combatir el siniestro: «Y también aquel que, por un descuido, ha creado una situación peligrosa, se verá forzado a un cálculo indigno si tiene que reflexionar sobre si pide ayuda, cuyo fracaso (al resultar dañado el salvador) podría acarrearte posiblemente un ulterior castigo» (73).

b) *Autores que coinciden total o parcialmente con la tesis de Roxin*

En el mismo sentido que Roxin, y asumiendo sus argumentos, se han pronunciado Otto (74), y, en España, Martínez Escami-

---

(71) Honig-FS, 1970, pp. 142/143. V. también ROXIN, Gallas-FS, 1973, p. 247: «el legislador debe él mismo asumir la responsabilidad por los riesgos de su mandato».

(72) Honig-FS, 1970, p. 143. V. también *el mismo*, Gallas-FS, 1973, p. 248, donde se pregunta «si realmente a los que participan en las labores de extinción hay que cargarles con el escrúpulo de conciencia de que cualquier lesión que se infljan con su entrada en acción debe cargar al primer causante imprudente con una pena criminal», y AT I, 2006, § 13, n. m. 25.

(73) Honig-FS, 1970, p. 143. Cfr. también *el mismo*, AT I, 2006, § 11, n. m. 139: «Si un incendiario imprudente tiene que contar, además, con que se le va a exigir responsabilidad por el homicidio de bomberos, entonces esa consideración puede llevarle –indeseadamente– a abstenerse de avisarlos».

(74) Cfr. Maurach-FS, 1972, p. 100, n. 32, y Wolff-FS, 1998, p. 411.

lla (75). Y también Schumann, quien sólo excluye la responsabilidad del primer causante por los daños personales que pueda sufrir el salvador –tanto el obligado como el no obligado jurídicamente a intervenir– en el caso de que el siniestro haya sido provocado precisamente con la *intención* de producir esos daños (76). Hernández Plasencia, que rechaza la doctrina de la imputación objetiva, llega a la misma conclusión que Roxin, si bien sobre la base de la teoría de la participación (77), y Castaldo (78) opina que el incendiario no responde, porque los daños que se puedan autocausar los salvadores –tanto los obligados como los no obligados jurídicamente a intervenir– caen fuera del ámbito de protección de la norma.

Schünemann, Maurach/Gössel y Duttge coinciden sólo parcialmente con la solución de Roxin. Según estos autores, el incendiario respondería de las autolesiones o automuertes de los salvadores si éstos estaban *jurídicamente obligados* a combatir el siniestro, pues en estos casos su intervención *no es «autorresponsible»*, y no puede hablarse, consiguientemente, y mostrándose en este punto de acuerdo con la fundamentación y con las soluciones de la doctrina dominante (v. *supra* 2 a aa), de una autopuesta en peligro voluntaria (79). En cambio, si no existe obligación jurídica de intervenir, al primer causante no se le pueden imputar objetivamente los resultados dañinos que sufra el tercero, porque, al actuar éste porque quiere –Schünemann llega a manifestar que lo hace por su «placer personal» («Priva-

(75) Cfr. 1992, pp. 362 ss.

(76) V. 1986, pp. 70/71, n. 2.

(77) Para HERNÁNDEZ PLASENCIA, 2002, p. 760, quien provoca un incendio no responde de los daños que se autocausa el salvador, ya que aquél no es autor mediato de la actividad de éste: «Pero tampoco puede afirmarse que en ese supuesto el provocador del incendio tenga un dominio sobre la cualidad lesiva de la acción, pues aunque determine la participación del bombero, aquél no domina su comportamiento ni controla la peligrosidad del incendio». No me es posible entrar en este artículo en la crítica a la equivocada tesis de Hernández Plasencia de resolver los problemas de imputación objetiva con la teoría de la participación; en cualquier caso, y como veremos infra 4, y en contra de lo que opina Hernández Plasencia, el incendiario debe responder, en principio, de los daños personales que se autocausen los salvadores, aunque éstos actúen libremente y no puedan considerarse meros instrumentos de quien provocó el siniestro.

(78) Cfr. 2004, pp. 242/243.

(79) Cfr. SCHÜNEMANN, JA, 1975, p. 722; MAURACH/GÖSEL, AT 2, 1989, § 43, n. m. 73; DUTTGE, *MünchKommStGB*, 2003, § 15, n. m. 155: «en los profesionales (en especial, los miembros de los cuerpos de bomberos o de la policía), dentro del marco del círculo de deberes que les vienen impuestos, falta siempre la responsabilidad (y, por ello, se le debe imputar al “causante” la consecuencia del hecho como producida mediante “imprudencia”)».

tvergnügen»)–, estaríamos ante una impune participación en una autopuesta en peligro consentida (80). Reyes llega a la misma solución de Roxin con una distinta fundamentación, excluyendo que se le puedan imputar objetivamente al incendiario los daños que sufran los salvadores, tanto si éstos están jurídicamente obligados a intervenir como si no, tanto si efectúan las acciones de salvamento de manera imprudente o de forma objetivamente correcta (81).

c) *Crítica a la tesis de Roxin*

La posición de Roxin de que el primer causante no responde por los daños que se puedan autoinfligir los salvadores no puede convenir, y ha sido rechazada mayoritariamente por la jurisprudencia y la doctrina (82).

En contra se argumenta, con razón, que el conflicto de conciencia que, según Roxin, supuestamente se le crearía al salvador, ya que si resultaba lesionado o muerto, esos daños se le imputarían al incendiario, olvida el *aspecto positivo* que precisamente para ese mismo incendiario puede encerrar la medida salvadora, por lo que, en el momento de intervenir, a aquél difícilmente se le pueden presentar problemas de conciencia en relación con la situación penal del primer causante, ya

(80) Cfr. SCHÜNEMANN, JA, 1975, p. 722: «En la imputación de los accidentes del salvador habría que excluir, para empezar, todas las acciones no mandadas jurídicamente, porque ..., si ni siquiera existe un deber de ayuda conforme al § 330c [omisión del deber de socorro], la autopuesta en peligro dolosa del salvador, que ha de ser considerada como [la satisfacción de] un “placer personal”, fundamenta un riesgo nuevo no contenido necesariamente en el peligro primario» (v. también *el mismo*, GA, 1999, p. 223); MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 1989, § 43, n. m. 73; DUTTGE, *MinchKommStGB*, 2003, § 15, n. m. 154: «La decisión a favor del comportamiento de autopuesta en peligro ... es, en última instancia, emanación de la autonomía del titular del bien jurídico. Porque, en el momento crítico, depende únicamente de su decisión si quiere seguir o no el “requerimiento”. Si la toma de manera libremente responsable, tiene que cargar el mismo con las consecuencias».

(81) V. REYES, 1994, p. 368: «Si cualquiera de dichas personas se comporta en forma incorrecta al ejecutar una maniobra de rescate, y como consecuencia de su imprudencia pierde la vida o resulta lesionado, será únicamente su conducta descuidada la que permita explicar el resultado lesivo y por consiguiente sólo él será responsable por los daños, sin que ellos puedan ser objetivamente imputables al primer autor. Y si quien despliega la maniobra de salvamento resulta lesionado o perece por un desafortunado accidente, a pesar de haber observado todas las precauciones que su oficio le impone, los daños serán consecuencia de un riesgo general de la vida que, como en otras oportunidades lo hemos mencionado, no se cataloga en abstracto sino en relación con cada persona en cada situación».

(82) Cfr. sólo, además de los autores que se citan en las notas siguientes: BGH 39, 322; JAKOBS, 1977 (1997), pp. 253/255, con notas 57, 59 y 60; FRISCH, 1988, pp. 475 ss.; SOWADA, JZ, 1994, p. 665; DEGENER, 2001, pp. 365 ss.

que tampoco sabe si le va a perjudicar –si resulta autolesionado– o beneficiar –si consigue evitar daños a los que se encuentran dentro del edificio en llamas, en cuyo caso quien provocó el siniestro quedaría libre de responsabilidad por los homicidios o lesiones imprudentes que, de no ser por la intervención salvadora, se habrían producido: «Hay que recordar que el salvador con éxito disminuye los resultados lesivos que se le pueden imputar al autor de la situación de necesidad» (83).

Contra esa supuesta angustia psicológica que, según Roxin, padecería el salvador porque, si se decide a intervenir, ello, en el caso de que se autodañe, podría acarrear ulteriores consecuencias perjudiciales al incendiario, se han formulado otras objeciones igualmente convincentes que ponen de manifiesto hasta qué punto se trata de un argumento completamente alejado de la realidad, ya que: en primer lugar, cuando el bombero se dispone a intervenir en un incendio, no suele tener conocimiento de si éste se ha debido a un accidente o de si es re conducible a una acción humana dolosa o imprudente, por lo que mal va a detenerse a considerar si su conducta, en el supuesto de que se autocause alguna lesión, va a empeorar la responsabilidad penal de un incendiario del que ni siquiera sabe si realmente existe (84); en segundo lugar, a quien tiene que arriesgar su vida porque un tercero ha prendido fuego dolosa o imprudentemente un edificio o un bosque, quien lo ha hecho no le cae precisamente simpático como para preocuparse, además, por el más o menos sombrío horizonte penal con el que tendrá que enfrentarse el incendiario (85); y, finalmente, si a

---

(83) FEIJOO, *RDPC*, 2000, p. 321. Cfr. también, en el mismo sentido, RUDOLPHI, *SK*, 2005, antes del § 1, n. m. 81; y BGH 39, 322 (325/326): «Es materialmente correcto incluir a estas personas [a los salvadores], que en situaciones así se ponen en peligro, dentro del ámbito de protección de los preceptos penales. De la misma manera que si tiene éxito la acción de salvamento, ello favorece al autor, tiene que responder en el caso de que salga mal».

(84) Cfr. DEGENER, 2001, p. 365: «Por lo general, la referencia a la “compasión con el autor y causante” no hace justicia a las circunstancias reales. Baste pensar en los numerosos casos de necesidad en los que el salvador, en el momento de intervenir, no puede enjuiciar la causa o responsabilidad por el daño primario, en concreto: no es consciente de si detrás del accidente se encuentra o no una persona que ha actuado delictivamente».

(85) V. PUPPE, *AT I*, 2002, § 13, n. m. 24: «Interpretada como afirmación real y psicológica [la de Roxin de que el salvador tendría escrúpulos para intervenir, porque, si resultara lesionado o muerto, esas consecuencias se le imputarían al incendiario], con toda seguridad que no es correcta. Salvadores que caen en un peligro serio, no profesan sentimientos amistosos frente a su causante. Y si hubiera que entender a Roxin normativamente, tal norma tal vez sería apropiada para un santo, pero no para un jefe de bomberos».

quien hay que rescatar es al cónyuge, o a los hijos, o a cualquier otro ser querido, al salvador lo único que le importan son estas personas, y no va a dejar de actuar –como teme Roxin–, porque, si se autodañara –algo en lo que confía normalmente que no va a suceder–, ello podría incrementar la responsabilidad penal de quien precisamente no le importa: de quien ha puesto en peligro a su familia o a sus amigos (86).

El ulterior argumento de Roxin para justificar por qué a quien provoca un siniestro no se le deben imputar los eventuales daños que se autocausen los salvadores, ya que, si realmente tuviera que responder, ello le llevaría a considerar, cínicamente, si avisaba o no a los bomberos porque, si lo hacía, y alguno de ellos se autolesionaba, entonces, además de por el incendio, tendría que responder también por un homicidio o unas lesiones imprudentes, tampoco lo considero sólido: si el causante no alarma a los servicios de extinción de incendios, y está en peligro la vida o la salud de las personas que se encuentran dentro del edificio o del bosque en llamas, nadie le podría librar de que se le aplicase, en primer lugar, una omisión del deber de socorro agravada del artículo 195.3 CP; objeción a la que hay que añadir, en segundo lugar, que es precisamente el aviso a los bomberos el que puede exonerarle de que, además de por el incendio, tenga que responder de eventuales muertes o lesiones imprudentes de las personas amenazadas por las llamas, que finalmente no se habrían producido gracias a las medidas salvadoras llevadas a cabo por los miembros del cuerpo de extinción de incendios. Con otras palabras: Al contrario de lo que opina Roxin, la llamada de emergencia a los bomberos de quien ha provocado el incendio no sólo no le perjudicaría, sino que le favorecería, porque sólo así podría responder únicamente del incendio, y, no, *adicionalmente*, de una omisión del deber de socorro agravada y de eventuales muertes o lesiones imprudentes, resultados estos que podrían ser evitados por aquéllos en el despliegue de su benemérita labor.

El último argumento de Roxin para fundamentar la no-responsabilidad del primer causante, pero que sólo es aplicable a los daños que puedan autoinfligirse los *salvadores jurídicamente obligados a actuar*, es el de que esa obligación la ha establecido el legislador, por lo que, si se defiende que el incendiario debería responder por las eventuales

---

(86) V. DEGENER, 2001, p. 365: «... el “argumento del conflicto de conciencia” pierde su fuerza de convicción cuando concurre un interés personal del salvador. En las acciones de salvamento a favor de personas próximas ... ese argumento se presenta como ajeno a la vida real».

automuertes o autolesiones, también lo debería hacer, con el mismo o con mayor motivo, el legislador, quien, al dictar su mandato, igualmente habría co-condicionado las autopuestas en peligro.

Contra esto hay que decir: La situación de emergencia la ha creado *gratuita y antijurídicamente* sólo el incendiario, quien, con su acción, ha originado innecesariamente un conflicto entre distintos bienes jurídicos: entre, por una parte, los bienes vida, salud y propiedad amenazados primariamente por el incendio, y, por otra, y si se pretende preservar la integridad de dichos bienes, la vida y la salud que tienen que arriesgar los salvadores para lograr ese objetivo. El legislador se encuentra ante esa para él indeseada situación de conflicto como un hecho consumado, generado antijurídicamente, no por él, sino por otra persona, y, ponderando *razonablemente y conforme a la justicia material* los intereses en conflicto, decide que, en determinadas circunstancias, está *justificado* imponer a los salvadores la asunción de ciertos riesgos para sus propios bienes jurídicos. Ciertamente, por tanto, que ambos, el incendiario y el legislador, han condicionado la autopuesta en peligro –y los eventuales daños personales que de ella deriven– a las personas jurídicamente obligadas a actuar, como lo son los bomberos; pero mientras que el primero lo ha hecho antijurídicamente, mediante la comisión de un delito doloso o imprudente de incendio, creando un conflicto innecesario entre bienes dignos de protección, el segundo ni ha generado el conflicto ni ha dictado tampoco un mandato contrario a la justicia material, por lo que, naturalmente, y como la mera causalidad –el único elemento atribuible por igual a incendiario y a legislador– nunca es suficiente, por sí sola, para fundamentar responsabilidad penal de clase alguna, de ahí que no ofrezca ningún reparo –porque es plenamente equitativo– que únicamente ese incendiario deba cargar con los eventuales daños en su vida o en su salud que se autoproduzcan los salvadores.

#### 4. Toma de posición

##### a) *Introducción*

No obstante el rechazo que acabo de manifestar a los argumentos sobre los que se basa Roxin para propugnar la no-responsabilidad del primer causante por los eventuales daños que sufren los salvadores –tanto los obligados como los no obligados jurídicamente a actuar–, el hecho es que en estos supuestos estamos ante una *participación en una autopuesta en peligro* y que, si aplicamos las reglas generales establecidas anteriormente (*supra* A 1), entonces parece que habría que llegar

a la conclusión de que al partícipe (en este caso, al incendiario) no se le deberían imputar los daños que se cause a sí mismo quien se autopone en peligro (en este caso, el salvador).

En mi opinión, es cierto –y en ello coincido con la doctrina dominante– que el incendiario debe responder por homicidio o, en su caso, lesiones imprudentes por los posibles daños que sufran los miembros de los cuerpos de extinción de incendios, o los salvadores particulares, en el desarrollo de su benemérita actividad. Y como esa doctrina dominante diferencia entre salvadores obligados y no obligados jurídicamente a intervenir, en lo que sigue parto también de esa distinción para explicar en qué fundamento mi opinión.

b) *Responsabilidad del primer causante por las automuertes o autolesiones que puedan sufrir las personas jurídicamente obligadas a intervenir para paliar los efectos del siniestro*

Empezando por los que tienen el deber de combatir las llamas, y, como ya he expuesto, el argumento más manejado por la doctrina dominante para justificar por qué aquí no estamos ante un caso al que se le pueda aplicar el principio general de impunidad de la participación en una autopuesta en peligro *consentida*, reside en que en el caso del incendio esa autopuesta no *sería consentida*, porque, si bien habrían sido los propios salvadores los que se habrían autopuesto en peligro, no obstante esa asunción del riesgo por parte de aquéllos no sería reconducible a un consentimiento válido y eficaz, ya que, en virtud de sus obligaciones profesionales, las víctimas se habrían visto «coaccionadas» a asumir los evidentes riesgos que conllevaban sus acciones. Con otras palabras y acudiendo a un ejemplo paralelo: Si el conductor responde de los resultados lesivos que se causa a sí misma la mujer que se arroja de un vehículo para eludir la agresión sexual con la que le amenaza aquél, porque esa autopuesta en peligro no es reconducible a un consentimiento eficaz, es decir: porque no ha sido jurídicamente «voluntaria», de la misma manera el incendiario debería responder, a título de imprudencia, de la muerte o de las lesiones sufridas por los miembros de los servicios de extinción de incendios, ya que éstos, al desarrollar su actividad salvadora, no serían libres, porque estarían legalmente obligados a combatir el fuego.

Pero esta fundamentación de por qué debería responder el tercero-incendiario tampoco es convincente. Porque, mientras que en el caso de la mujer amenazada sexualmente, su autopuesta en peligro tiene su origen en una coacción delictiva que priva de eficacia a su consentimiento en la conducta arriesgada de lanzarse del automóvil, en el del bombero lo que le mueve a actuar es una obligación jurídica libre-

mente contraída cuando ingresó en su profesión, que no condiciona vicio alguno en la asunción voluntaria de la actividad peligrosa de intentar apagar las llamas. Expresándolo con ejemplos y en términos jurídicos privados: Si una persona celebra un contrato de compraventa porque le han amenazado con un mal en su integridad física para el caso de que no lo contraiga, ese negocio jurídico es nulo porque existe un vicio del consentimiento que lo convierte en ineficaz; pero si lo concluye sobre la base de un precontrato, con promesa bilateral de compra y venta, entonces no puede alegar que el posterior contrato de compraventa es también nulo porque prestó su consentimiento «coaccionado» por el deber jurídico originado en aquel precontrato.

De lo expuesto se deduce que la asunción del riesgo por parte del bombero es jurídicamente voluntaria y que, por consiguiente, la responsabilidad del incendiario por los eventuales daños que pueda sufrir aquél no pueden justificarse tampoco apelando a que se ha puesto en peligro con un consentimiento viciado y, por ello, ineficaz.

Esa responsabilidad del incendiario se explica, sin embargo, por los motivos que paso a desarrollar.

En los supuestos de participación en una autopuesta en peligro con resultado de, por ejemplo, muerte –se desafía a otro motorista a una carrera, falleciendo éste a consecuencia de su propia actividad imprudente– la razón por la que el retador no responde –es decir: por la que no se le puede imputar objetivamente la muerte que se ha causado a sí misma la víctima– reside en que, si no es punible la participación imprudente en un suicidio doloso, con mayor motivo no puede ser punible tampoco la participación imprudente en un suicidio «imprudente». Esta argumentación, sin embargo, no es trasladable al supuesto del bombero, porque, al combatir el fuego, *aquél no se está comportando imprudentemente*, sino que está desarrollando su actividad dentro del marco de lo que técnicamente se llama riesgo permitido: y donde hay riesgo permitido, y por definición, y aunque se produzcan menoscabos de bienes jurídicos, no puede existir imprudencia.

Cuando los fines que se persiguen son valorados positivamente por el ordenamiento jurídico, el legislador autoriza la ejecución de conductas arriesgadas que, si se mantienen dentro de las normas de diligencia, y aunque produzcan la lesión de un bien jurídico, excluyen la imputación del resultado causado a título de imprudencia, y, con ello, cualquier clase de responsabilidad jurídica penal. Para expresarlo con un ejemplo: Si el cirujano realiza una operación complicada de cirugía estética, con los peligros que siempre conlleva la anestesia total que se le aplica al paciente, observando las reglas de la *lex artis*, esto es: la diligencia debida, y, no obstante, y a consecuencia de la

operación, el enfermo fallece, el médico no responde de un homicidio imprudente. Ciertamente que éste ha causado la muerte de aquél con su intervención quirúrgica, pero como la ha llevado a cabo respetando los estándares médicos, ese riesgo corrido, y que, desgraciadamente, se ha materializado en el fallecimiento del paciente, es un riesgo permitido que exime al cirujano de la imputación penal del resultado lesivo para la vida.

Por consiguiente, la automuerte o las autolesiones que puede provocarse el bombero en el desarrollo de su libremente asumida actividad peligrosa, dirigida a apagar las llamas –y siempre que se ejerza dentro de los límites del riesgo permitido–, *no son automuertes o autolesiones dolosas ni imprudentes, sino causaciones de menoscabos de bienes jurídicos propios a las que no se les puede vincular ningún estigma de intencionalidad ni de imprudencia*. Por ello, el tercero-incendiario debe responder como autor de los eventuales daños que se autocause el heroico combatiente del incendio: porque antijurídicamente, al provocar el siniestro, ha generado innecesariamente que otros arriesgaran su vida o su integridad física en el ejercicio legítimo de un deber y de una profesión. Por ello también, *y como aquí no estamos en presencia de una autopuesta en peligro imprudente por parte de la víctima*, tampoco sería aplicable –para fundamentar una inaceptable no responsabilidad del tercero– el argumento *a maiore ad minus* de que si no es punible la participación imprudente en un suicidio o en unas autolesiones dolosas, tampoco puede serlo esa participación imprudente en un suicidio o en unas autolesiones imprudentes, ya que en este supuesto del bombero los menoscabos que pueda sufrir en su vida o en su salud han tenido su origen en una actividad salvadora *no imprudente*, expresamente aprobada por el ordenamiento jurídico. Y como el autor-incendiario se comporta antijurídicamente, y como el siniestro que ha provocado está en relación de causalidad con las muertes y las heridas que han sufrido los bomberos que trataban de atajarlo, y como todo ello era previsible para aquél en el momento en que prendió fuego a la casa, de ahí que concurran todos los requisitos que fundamentan la responsabilidad del incendiario por un homicidio o unas lesiones imprudentes: porque nadie tiene derecho –ni la ley penal puede aprobar ese comportamiento sin sancionarlo– a crear innecesariamente una situación de emergencia en la que, *en el ejercicio legítimo y no imprudente de su profesión*, otras personas deban arriesgar sus vidas y su salud para intentar aminorar los daños que gratuitamente ha provocado el incendiario.

De acuerdo con la argumentación sobre la que hemos basado la imputación al incendiario de los menoscabos personales que puedan

sufrir los bomberos, la responsabilidad de aquél por éstos, a título de homicidio o de lesiones imprudentes, sólo desaparecería en el supuesto de que los miembros del cuerpo de extinción de incendios hubieran actuado al margen del riesgo permitido, es decir: si hubieran actuado *imprudentemente* también, que es lo que sucedería, por ejemplo, si el bombero penetrara en un edificio en llamas para, a instancias de un traficante de drogas, poner a salvo una maleta conteniendo varios kilos de cocaína, o si, después de que el jefe del destacamento le hubiera ordenado que no entrara en la casa siniestrada, porque ésta iba a derrumbarse en pocos segundos, desoyera esas órdenes, y perdiera la vida o sufriera daños en su salud cuando aquélla se viene abajo. En este caso los resultados lesivos que se había autocausado el bombero negligente no se le podrían imputar al incendiario, porque, al igual que sucede con el que vende a otro –sin saberlo– una dosis de heroína adulterada que causa la muerte del drogadicto que negligentemente se la autoinyecta, también estaríamos aquí en un supuesto de *participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente* que, como he señalado al principio del presente trabajo (*supra* A 1), excluye la responsabilidad penal del tercero.

La decisión de si la conducta del bombero se ha mantenido dentro del riesgo permitido o debe calificarse, por el contrario, de imprudente, no encierra mayores dificultades que las que pueden presentarse a la hora de examinar si un médico ha incurrido o no en imprudencia con su comportamiento.

Los incendios presentan en la realidad tal variedad de formas de manifestación que, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en la prevención de riesgos laborales, la explotación de minas o el tráfico aéreo o ferroviario, no es posible condensar en una norma administrativa cuáles son las reglas de diligencia que deben observarse para combatir el fuego, ya que ello depende de múltiples factores, como la extensión del bosque en llamas, el comportamiento del fuego, la altura y ubicación de los edificios incendiados, las predicciones meteorológicas y los súbitos cambios en la dirección del viento, la sospecha o certeza de que existen personas atrapadas por el siniestro, etc., siendo un ulterior factor a tener en cuenta, aunque carezcan de valor jurídico-normativo, los protocolos internos sobre actuación de los cuerpos de bomberos de las comunidades autónomas o de los municipios. De ahí que, para la determinación de si un comportamiento de los bomberos se ha ajustado o no a la *lex artis*, sea precisa, como en la actividad médica, la práctica de una prueba pericial que pueda ilustrar al tribunal sentenciador sobre si la actuación de aquéllos ha sido o no imprudente.

Ciertamente que en estos casos –y a diferencia de lo que sucede con la conducta de un médico, en la de lo que se trata de averiguar, normalmente, es si el daño que *ha causado a otro* (al paciente) es reconducible o no a una imprudencia– aquí la pregunta que se plantea es si el daño que el bombero *se ha causado a sí mismo* ha sido imprudente (porque si no lo ha sido, entonces no estamos ante una participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente, sino en otra aprobada por el ordenamiento jurídico, y, consiguientemente, y, como ya no es aplicable el argumento *a maiore ad minus*, el incendiario debe responder por la automuerte o las autolesiones del salvador). Pero la observancia de la diligencia debida es un concepto que hace referencia a la *conducta como tal*, independientemente de las consecuencias que tenga o deje de tener: independientemente, pues, de si causa un daño a la persona que la ejecuta, a otro, o a nadie en absoluto. Para expresarlo con un ejemplo: Dejar abierta la llave del gas durante la noche, por un olvido, es una conducta imprudente, aunque nadie haya sufrido ninguna intoxicación, y cerrarla, cuando se ha terminado de preparar la fabada en un fuego de la cocina, es precisamente el comportamiento que hay que realizar y, por ello, plenamente cuidadoso.

Todavía una última observación sobre las reglas de diligencia en las tareas de extinción de incendios. En contra de lo que parecen sugerir algunos autores (87), los límites dentro de los cuales puede desarrollarse prudentemente la actividad de extinción de incendios no se rigen por el estado de necesidad –ni, consiguientemente, tampoco por el principio de ponderación de bienes–, en el sentido de que sólo estaría justificado arriesgar bienes jurídicos personales para salvar la vida o la salud de otras personas, por lo que deberían considerarse al margen del riesgo permitido, y, en consecuencia, imprudentes, las autolesiones o automuertes que se puedan causar los bomberos para apagar un incendio, cuando consta que no corre peligro ningún ser humano, porque el edificio en llamas está deshabitado o porque nadie se encuentra en el bosque siniestrado, ya que en tal caso se estarían poniendo en peligro bienes jurídicos de mayor entidad (vida o integridad física) para preservar otros de menor valor (propiedad).

---

(87) Cfr. RUDOLPHI, *JuS*, 1969, p. 557; SOWADA, *JZ*, 1994, pp. 664/665 («Cuanto más valioso sea el bien a salvar, a mayores riesgos se puede exponer el salvador sin perder la protección del Derecho penal»); FEIJOO, *RDPC*, 2000, p. 322 («Así puede ser razonable en un determinado supuesto correr el peligro de sufrir una lesión leve que no precisa tratamiento quirúrgico para salvar todo el patrimonio personal que ha costado años de trabajo o la única copia de una tesis doctoral casi finalizada»).

Frente a esto hay que decir que la actuación conforme a Derecho –y no-imprudente– de los bomberos no deriva del estado de necesidad, sino del ejercicio legítimo de un oficio, y que los destacamentos de bomberos no pueden abstenerse de aplicar medidas salvadoras, contemplando tranquilamente como se consumen por el fuego un edificio o una manzana de casas, o miles de hectáreas de bosque, apelando –sobre la base del estado de necesidad– a que no pueden arriesgar su vida o su salud para evitar «solamente» daños en el bien jurídico de menor valor de la propiedad. Como su propio nombre indica, los cuerpos de extinción de incendios están ahí para extinguir incendios, y como el comportamiento del fuego siempre tiene elementos no cognoscibles *ex ante*, y como los cambios de la dirección del viento en un incendio forestal pueden producirse repentinamente, y como la estructura de un edificio y los eventuales materiales inflamables que en él se pueden albergar muchas veces son una incógnita, ello quiere decir que los bomberos, aunque sólo esté en peligro la devastación de cosas, tienen que intervenir en el ejercicio de su profesión, aunque ello suponga siempre un cierto riesgo para su vida y su salud, y que, si ese riesgo se materializa en un daño personal, su conducta, no obstante, habrá sido una prudente, por lo que el incendiario (doloso o negligente) no puede apelar, para exonerarse de su responsabilidad, a que aquí estaríamos ante una impune participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente, ya que esa automuerte o esa autolesión no han sido imprudentes, sino que han estado cubiertas por el riesgo permitido.

Resumiendo en pocas palabras lo que se acaba de exponer: El incendiario sólo estará exento de responsabilidad por los daños personales que se autocausan los salvadores cuando, de acuerdo con el principio general con el que estoy operando, estemos ante una participación imprudente en una *autopuesta en peligro imprudente* (como sería el caso, para recordar un ejemplo que ya nos es conocido, cuando el bombero sufre lesiones o pierde la vida para rescatar un fardo de cocaína). En cambio, si la autopuesta en peligro se mueve dentro de los márgenes del riesgo permitido –esto es: si ya no es imprudente– aquel principio general ya no es aplicable, y, en consecuencia, el causante responde de los daños que se autocause el salvador, riesgo permitido que no se rige por el estado de necesidad, sino por el ejercicio legítimo de una profesión, y que autoriza al bombero a arrostrar riesgos personales, aunque solamente se corran para evitar daños en las cosas.

- c) *Responsabilidad del primer causante por las automuertes o autolesiones que puedan sufrir las personas no obligadas jurídicamente a intervenir para paliar los efectos del siniestro*

La sentencia de la AP Barcelona de 15 de noviembre de 1999 (ARP 5346), en un supuesto en el que el autor, «con decidido propósito de producir la devastación tanto de dicho piso [de aquél en el que habitaba el autor] como del inmueble en el que se ubicaba», colocó tres bombonas de butano y otra de «camping-gas» con el mando abierto, produciéndose, como pretendía el acusado, a consecuencia de la acumulación de gas, un estallido y posterior incendio, que, además de daños en las cosas, causó lesiones de carácter leve a 6 vecinos, condenó al causante de dicho incendio por un delito de estragos y por las correspondientes lesiones infligidas a aquellos vecinos por la inhalación de humo. Además, también resultó lesionado un salvador *no obligado jurídicamente a intervenir*: «Instantes después del estruendo», se lee en la sentencia de la AP Barcelona, «Antonio M.<sup>a</sup> S. P., vecino del piso ... puerta ... del inmueble y a la sazón presidente de la comunidad de propietarios, salió al rellano de su planta, dirigiéndose de inmediato a la inferior y penetrando en el domicilio del procesado por el hueco que la onda expansiva había causado junto a la puerta principal, intentando sofocar las llamas y ante la imposibilidad de hacerlo, advirtiendo de la colocación de las bombonas de butano, optó por arrastrarlas intentando apartarlas de allí, extrayendo incluso el regulador de dos de ellas, sufriendo quemaduras en ambas manos de primer y segundo grado, que le incapacitaron para sus ocupaciones por 56 días». La AP Barcelona *no hace responsable* al procesado de las lesiones sufridas por Antonio M.<sup>a</sup>, estableciendo que habrá que negar la «imputación objetiva del resultado ... cuando el afectado se expone voluntariamente al peligro que proviene de la acción de otro», si bien estima «meritorio y plausible ... el comprometido trance de ahogar las llamaradas contiguas a las repetidas bombonas».

Recurrida en casación la citada resolución de la AP Barcelona, el TS, en su sentencia de 17 de enero de 2001 (A. 397), rechaza la tesis de la de instancia de que «las referidas lesiones no podían imputarse objetivamente al acusado, sino al comportamiento del propio lesionado, quien voluntariamente se expuso a la acción del fuego y del calor sobre sus propias manos al realizar la acción antes descrita». *Según el TS, el procesado debe responder por las lesiones que se ha autocausado el salvador no obligado jurídicamente a intervenir*: porque «el suceso posterior [los daños personales sufridos por quien intentó apagar las llamas] se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comporta-

miento», porque «en estos casos siempre es preciso apagar el incendio con los medios necesarios para ello, bien por los profesionales dedicados a estos menesteres (bomberos), bien por cualquier otra persona que a tal se presta, como ocurrió en el presente caso», porque «el procesado ha de responder de todos los daños y lesiones producidos por la explosión y el subsiguiente incendio, incluso de aquellos que pudieran derivarse de acciones de salvamento como la aquí examinada», y porque, finalmente, el acusado «tuvo que representarse la existencia del incendio consiguiente a la explosión y la actuación de personas que, con riesgo para su vida e integridad física, profesionales o no profesionales, ... habrían de acudir al lugar para sofocar el fuego».

La absolución decretada por la AP Barcelona *ha de ser rechazada* porque se basa en un principio –habrá que negar la «imputación objetiva del resultado ... cuando el afectado se expone voluntariamente al peligro que proviene de la acción de otro» (88)– que, como he expuesto en las páginas anteriores, no puede aceptarse con esa generalidad, porque, si de lo que se trata es de una heteropuesta en peligro consentida, es falso en su integridad, y, si ante lo que estamos es ante una participación imprudente en una autopuesta en peligro –que es el supuesto del que se ocupó la AP Barcelona–, dicho principio sólo rige cuando esa exposición voluntaria es imprudente, y no cuando es conforme a Derecho, tal como es el caso en los supuestos que acabo de examinar de actuación legítima de los bomberos.

El problema que se plantea con los salvadores no obligados jurídicamente a intervenir es que, al tratarse de particulares, lo que sea o no conforme a Derecho no puede decidirse con las pautas relativamente fáciles de concretar –porque están pre establecidas por la *lex artis* del oficio de bombero– del «ejercicio legítimo de una profesión». No obstante, hay que mantener la tesis de que, en principio, no es contrario a Derecho (y, por consiguiente, tampoco es imprudente), cuando en el lugar del siniestro todavía no han llegado los profesionales-bomberos, que los particulares *asuman* la función de aquéllos para evitar la propagación del fuego, porque si a los miembros de los cuerpos de extinción de incendios les está permitido actuar corriendo el riesgo de autocausarse daños personales –incluso en incendios de poca entidad a veces es inevitable que los bomberos se autolesionen como consecuencia de la inhalación de humo–, no se ve el motivo por el cual,

---

(88) La AP Barcelona recoge, con ello, literalmente, una frase de la, por varios motivos –entre otros, porque niega la imputación objetiva en los supuestos de heteropuesta en peligro consentida–, equivocada sentencia del TS de 17 de septiembre de 1999, A. 6667.

analógicamente, no han de poderlo hacer también los no-profesionales, si bien, para no incurrir en imprudencia, de una manera menos arriesgada, ya que ni disponen de los medios anti-incendios de los bomberos ni gozan tampoco de la formación técnica de éstos. Pero dentro de esos márgenes más reducidos, y como señala el TS en la citada sentencia, «en estos casos siempre es preciso apagar el fuego con los medios necesarios para ello». Ciertamente que el particular puede abstenerse de intervenir, porque no está sometido a ningún deber jurídico que le imponga sofocar el incendio; pero, si decide hacerlo, está actuando –dentro de los límites que acabo de señalar– «en un sentido socialmente deseado» (89), ya que «la comunidad está en alta medida interesada, también en los casos en que falta un deber jurídico, en que se produzca una acción razonable de salvamento, aunque, por motivos bien meditados, no impone ese interés estableciendo deberes jurídicos» (90).

A la conclusión a la que acabo de llegar: a la de que el incendiario responde de los daños personales que se autoausan los salvadores no-profesionales, aunque la actuación de éstos no esté dirigida a salvar vidas humanas, sino a sofocar el fuego, porque si ello les está permitido a los bomberos, quienes, según su *lex artis*, no pueden abstenerse de intervenir con el pretexto de que las llamas «sólo» amenazan la propiedad ajena, también les debe estar permitido a los particulares –no estamos, pues, ante una actuación imprudente–, cuando, debido a que los miembros de los cuerpos de extinción de incendios no han hecho todavía acto de presencia, esos no-profesionales pueden *asumir* las funciones que el ordenamiento jurídico aprueba que ejerzan aquéllos, si bien los particulares, por su carencia de medios y de formación técnicos, deberán exponerse a un nivel de riesgo inferior al de aquéllos, hay que añadir un ulterior supuesto en el que el primer causante tendrá que responder también por las autolesiones o automuertes que se provoquen las personas no obligadas jurídicamente a intervenir.

En la doctrina, Puppe ha señalado que «tampoco actúa voluntariamente el salvador que, por pánico, actúa irrazonablemente», y que «también por este pánico excluyente de la libertad es responsable el causante del primer peligro» (91), y Bernsmann/Zieschang, que «lo “desproporcionado” no tiene por qué ser, al mismo tiempo, “abiertamente irrazonable”, ya que la determinación de lo que sea “irrazonable” depende decisivamente de la perspectiva desde la que se valore»,

---

(89) SOWADA, *JZ*, 1994, p. 664.

(90) W. FRISCH, 1988, p. 484.

(91) NK, 2005, antes del § 13, n. m. 197.

por lo que, «aunque puede ser <irrazonable> desde cualquier punto de vista el intento desesperado de un progenitor –en la esperanza de una casualidad feliz que nunca puede excluirse– de salvar a su hijo de la muerte», no obstante, el primer causante debe ser hecho responsable de los autodaños personales que se produzca ese progenitor, pues «habría colocado justamente aquí un motivo de salvamento cuya fuerza de presión está próxima a la del instinto de conservación» (92). Y por lo que se refiere a la jurisprudencia, la sentencia de 20 de abril de 1994 de la Sección 6.<sup>a</sup> de la AP Madrid (caso Alcalá 20), posteriormente confirmada por la del TS de 17 de julio de 1995, A. 6827, también estimó que los empresarios de la discoteca que, con una vulneración masiva de las normas de prevención de incendios, pusieron en funcionamiento el local, debían responder penalmente no sólo de las 81 muertes de los clientes que, encontrándose dentro del establecimiento, perecieron en el incendio, sino también de la de la hija de diecinueve años de los porteros del inmueble –que tenían su vivienda en el último piso del edificio, a donde habían llegado grandes cantidades de humo–, que, para salvar, no a otras personas, sino para salvarse a sí misma, intentó pasar, a través de una cornisa, desde la terraza de la casa incendiada a la de la colindante, tal como, sin sufrir daño alguno, habían hecho anteriormente sus padres, perdiendo pie la muchacha, cayendo al vacío y resultando muerta.

El motivo por el que en los supuestos expuestos por Puppe y Bernsmann/Zieschang, y en el de la hija de los porteros en el caso de la discoteca Alcalá 20, los resultados lesivos de las autopuestas en peligro se les deben imputar a los causantes de los siniestros no reside en que en esos casos dichas autopuestas no fueran imprudentes –que posiblemente lo fueron–, sino en que las situaciones angustiosas o de pánico en las que se vieron inmersas las víctimas *excluyeron el consentimiento eficaz* de éstas en dichas autopuestas.

Resumiendo: Como lo que es impune es la participación en una autopuesta en peligro *imprudente eficazmente consentida*, en los casos de incendios el primer causante debe ser hecho responsable por los daños personales que se autocausen las personas particulares, bien *cuando éstas no actúan imprudentemente* –salvadores no-profesionales que, ante la ausencia de los bomberos, y dentro de ciertos límites, asumen las funciones de éstos para sofocar las llamas–, o cuando, *aunque actúen imprudentemente*, como consecuencia de la angustia o del pánico generados por el incendio *no prestan un consentimiento eficaz* al riesgo al que se autosometen.

---

(92) JZ, 1995, p. 778.

- C. MEDIDAS DE SALVAMENTO EMPRENDIDAS PARA RESCATAR A UNA VÍCTIMA QUE SE HA COLOCADO A SÍ MISMA EN UNA SITUACIÓN DE PELIGRO: LOS CASOS DEL INTENTO DE SUICIDIO Y DEL ALPINISTA ARRIESGADO
1. **Descripción del grupo de casos que van a ser aquí objeto de estudio**

En el caso de los bomberos las acciones arriesgadas de éstos se llevan a cabo, *normalmente*, para evitar daños a *bienes jurídicos* –la vida, la salud y la propiedad– *ajenos a los del propio incendio que ha creado el peligro* –aunque también es imaginable que los daños que se autocausan los salvadores se produzcan como consecuencia de su intento de rescatar al propio pirómano que se encuentra atrapado dentro del edificio en llamas–. En cualquier caso, la doctrina trata diferenciadamente un ulterior grupo de supuestos en los que las conductas de salvamento están dirigidas a intentar salvar los bienes jurídicos de *la misma persona* que ha creado la situación de peligro, tal como acontece, por ejemplo, cuando un policía cae al vacío en el momento en el que se disponía a rescatar a un suicida arrepentido que se había encaramado a la torre de un campanario, o cuando el miembro de un servicio de auxilio alpino se despeña por un precipicio cuando trataba de salvar a un montañero que se encontraba en una situación comprometida al borde de un abismo.

## 2. **La opinión de la doctrina**

a) La doctrina dominante, aunque con distinta fundamentación, opina que en estos casos el primer causante no debe responder por los eventuales daños que se autocause la persona que intenta el rescate.

Frisch fundamenta esta solución acudiendo a consideraciones de prevención general y especial: «Quien quiere acabar con su vida no se va a abstener de la realización de su plan mediante una norma que prohíba con una pena su comportamiento porque éste provoque peligros para salvadores potenciales» (93), ya que «querer alcanzar la protección de salvadores potenciales mediante la penalización de las acciones de autopuesta en peligro o de autolesión, apropiadas para desencadenar acciones de salvamento arriesgadas, es, desde un princi-

---

(93) 1988, p. 491.

pio, una empresa inidónea, porque a quien se pone a sí mismo en peligro o a quien se quiere matar no es accesible una norma que ameñe con una pena» (94).

Según Cancio (95), la no responsabilidad de quien se quiere suicidar o inicia una escalada alpina arriesgada por los daños personales que se autocausen quienes intentan rescatarles deriva de que «la cualidad de la conducta típicamente irrelevante de la autopuesta en peligro impide una reinterpretación *ex post* como típica para eventuales salvadores después de una eventual situación de necesidad».

Roxin (96) resuelve estos casos acudiendo a los mismos argumentos sobre los que se ha basado para negar la imputación objetiva de los daños que se autocausan las personas no obligadas jurídicamente que intervienen para sofocar un incendio, pues esas «reglas rigen para todas las constelaciones en las que intervienen salvadores voluntarios ... Un salvador escrupuloso sólo se sentiría sobrecargado por la conciencia de que está exponiendo a un riesgo de ser castigado penalmente aquél a quien quiere ayudar».

b) Peñaranda, en cambio, propone una solución diferenciada, y estima que, si quien quiere rescatar al alpinista no está jurídicamente obligado a hacerlo, entonces este último no responde de los eventuales daños personales que se autocause el primero; por el contrario, mantiene que habrá que imputarle el resultado a ese alpinista si el salvador que se autolesiona o auto-mata tenía el deber jurídico de ayudarle (97).

### 3. Toma de posición

En mi opinión, ni el suicida frustrado ni el alpinista arriesgado deben responder a título de imprudencia por los daños en la salud o en la vida que eventualmente se autocausen aquellos que intentaron salvarles. Ciertamente que, como en el caso de los bomberos, las medidas de salvamento aplicadas por el policía o por el socorrista alpino, y aunque éstos resulten lesionados o muertos, pueden haberse llevado a cabo dentro de los límites del riesgo permitido, si tenemos en cuenta lo dramático de la situación en que se encuentran el suicida arrepentido y el alpinista temerario, que están corriendo un riesgo cierto de perder la vida si nadie les auxilia. En este aspecto: en el aspecto de

(94) *Op. cit.*, p. 492.

(95) 2001, p. 344.

(96) AT I, 2006, § 11, n. m. 115.

(97) Cfr. PE I, 2003, pp. 88/89.

que ni el policía ni el socorrista alpino actúan imprudentemente –porque actúan dentro del riesgo permitido–, su actividad es equiparable a la del bombero que, observando la *lex artis* de su profesión, y poniendo en juego su vida y su salud, trata de mantener la integridad de los importantes bienes jurídicos que están siendo amenazados por las llamas. Pero la diferencia entre uno y otro caso, reside, como ha apuntado ya Cancio (98), en que, así como el incendiario, al prender fuego dolosa o imprudentemente al edificio, está realizando una acción antijurídica, desaprobada por el ordenamiento juridicopenal, el suicida, en cambio, tiene todo el derecho del mundo a intentar quitarse la vida, y el alpinista lo tiene también a emprender la escalada que le plazca, por muy peligrosa que sea, sin que ninguna de estas dos acciones merezca ningún juicio de desvalor por parte del Derecho penal. De donde se sigue: si ambas conductas –a diferencia de lo que sucede con la del incendiario– son *plenamente conformes a Derecho*, no pueden dejar de serlo porque, posteriormente, deriven de ellas eventuales daños a beneméritos salvadores que se autoponen en peligro, de la misma manera que si alguien inicia un incendio fortuitamente –por ejemplo: porque al encender un electrodoméstico, que le han vendido en malas condiciones, se produce un cortocircuito que da origen a las llamas que luego arrasan un edificio–, tampoco respondería de los eventuales daños que se autocausaran los bomberos que atacaban el fuego, ya que no es posible que una acción lícita –en este último caso: lícita porque fortuita– se convierta en ilícita en función de las lesiones de bienes jurídicos que posteriormente puede desencadenar.

## D) LA TRANSMISIÓN DEL VIH POR VÍA SEXUAL

### 1. Introducción

Cuando, como consecuencia de una relación sexual, uno de los intervinientes en el contacto resulta infectado con el VIH, la pregunta de si quien ha contagiado la enfermedad debe o no responder por unas lesiones, o, en su caso, por un homicidio (si quien ha adquirido el virus fallece a consecuencia del sida), suele ser discutida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, dentro del marco de la teoría de la imputación objetiva, distinguiéndose, por lo general, entre aquellos casos en los que el enfermo conoce su dolencia, pero la oculta a su

---

(98) Cfr. *supra* n. 95. V. también FEIJOO, *RDPC*, 2000, p. 320.

pareja, y aquellos otros en los que la víctima es consciente del riesgo que corre, porque la persona con la que practica el sexo le ha hecho saber que padece esa enfermedad.

## 2. La cuestión en la jurisprudencia

### a) *La jurisprudencia española*

aa) Frente a la jurisprudencia alemana que se ha ocupado ya, en los casos de contactos sexuales con personas afectadas por la enfermedad, tanto de supuestos en los que, como consecuencia de aquéllos, se ha transmitido el VIH como de otros en los que, a pesar del riesgo corrido, el compañero o compañera no han resultado contagiados, tanto de supuestos en los que en la pareja sexual una persona sabe de su infección y la otra la ignora como de aquellos otros en los que el individuo sano conocía que aquel con quien mantenía la relación estaba infectado del virus del sida, al enjuiciamiento de nuestros tribunales sólo se le han sometido hasta ahora supuestos caracterizados porque, primero, ha habido transmisión efectiva de la enfermedad, y, segundo, quien contrajo la enfermedad ignoraba que su pareja la padecía.

bb) En el supuesto de hecho de la sentencia de la AP Tenerife de 20 de enero de 1996 (ARP 28), confirmada posteriormente por la del TS de 28 de enero de 1997 (A. 110), el acusado, Francisco Javier C. P., portador del VIH, y ocultando esta circunstancia a su pareja femenina Ana G. F., mantuvo con ella relaciones sexuales sin preservativo durante varios meses de 1993, resultando ésta contagiada con el virus. Además de con Ana, Francisco Javier «[mantuvo, posteriormente], relaciones sexuales con la otra denunciante, Begoña, al parecer sin emplear preservativo, aunque con la fortuna para ésta de que no se contagió», si bien en el fallo de la sentencia no se enjuicia el comportamiento de Francisco Javier con Begoña, por lo que es obvio que por esta conducta no llegó a formularse acusación. La AP Tenerife condenó al acusado por un delito de lesiones dolosas («al menos... con dolo eventual») del artículo 420 CP 1973.

La sentencia de la AP Madrid de 2 de enero de 2004 (JUR 20872) se ocupa de un caso en el que la acusada María del Mar T., «a partir de agosto o septiembre de 1997 [mantuvo] relaciones sexuales [con la víctima, José Luis P. B.] entre dos y cuatro veces al mes, inicialmente usando preservativo, y, más tarde, sin él, o usándolo sólo a veces, situación que se mantuvo durante 1998 y los primeros meses hasta abril de 1999, sin que María del Mar informara a José Luis de que era

portadora del VIH, o, al menos, le exigiera el uso de preservativo», sometiéndose José Luis en el mismo mes de abril de 1999 «a pruebas analíticas que dieron como resultado que presentaba serología VIH positiva», condenando la AP Madrid a la acusada por un delito de lesiones doloseventuales del artículo 149 CP 1995. Interpuesto por la acusada recurso de casación contra la sentencia de la AP Madrid, el TS, por auto de 15 de septiembre de 2005 (JUR 227711), acordó no admitirlo a trámite.

Finalmente, y según noticias periodísticas (v. *El Mundo* de 29 de junio de 2006, p. 27), el Juzgado de lo Penal núm. 17 de Barcelona ha condenado por lesiones dolosas en concurso con otro de homicidio imprudente a un hombre que, sin poner en su conocimiento que estaba infectado con el VIH, contagió el sida por vía sexual a la mujer con la que convivía, falleciendo ésta a consecuencia de la enfermedad transmitida.

b) *La jurisprudencia alemana*

aa) La sentencia del Bundesgerichtshof de 24 de noviembre de 1988 (BGH 36, 1 ss.) mantuvo la condena del tribunal de instancia por tres delitos de lesiones *en grado de tentativa* contra un acusado homosexual de nacionalidad norteamericana que, a pesar de saber que era portador del VIH, mantuvo por dos veces en un club de homosexuales sendos coitos anales sin preservativo con un italiano, a quien no informó de su dolencia, sin que conste que este último hubiera contraído la enfermedad. Posteriormente, y en un «punto de encuentro homosexual», volvió a practicar sexo anal con un ciudadano alemán, a quien tampoco había informado que padecía la enfermedad, si bien un ulterior examen médico no arrojó prueba alguna de que hubiera sido infectado. El BGH parte de que aquí estamos ante un caso de participación doloseventual en una autopuesta en peligro, y recuerda su doctrina jurisprudencial establecida en, entre otras, el caso de la jeringuilla y el de la heroína (v. *supra* n. 50), de que «quien ocasiona, posibilita o favorece una autopuesta en peligro de otro, autorresponsablemente querida y realizada, no es punible, por lo general, por un delito –intentado o consumado– de lesiones o de homicidio, aunque se realice el riesgo que ese otro ha aceptado conscientemente». La razón por la que, no obstante, esas participaciones del ciudadano norteamericano en las autopuestas en peligro de sus dos parejas homosexuales deben ser consideradas tres delitos de lesiones en grado de tentativa reside en que los consentimientos prestados por aquéllas en dichas autopuestas no son válidos, ya que «la punibilidad del autor [del partície en la autopuesta en peligro] comienza allí donde, *en virtud de su*

*conocimiento material superior*, aprehende el riesgo mejor que aquel que se autopone en peligro» (BGH 36, 17, cursivas en el texto original), circunstancia que concurriría en este supuesto, ya que el acusado sabía que era portador del virus, mientras que sus parejas lo ignoraban (99).

bb) En un ulterior supuesto, del que entendió en instancia, en una sentencia de 20 de enero de 1989, la AP Kempten (100), y, en apelación, en otra de 15 de septiembre de 1989, el TSJ Baviera (101), y en el que un hombre portador del VIH, que había comunicado a su pareja femenina su enfermedad, mantuvo con la mujer relaciones sexuales, aproximadamente una por semana y mayoritariamente sin preservativo, desde junio/julio 1987 hasta el 7 de enero de 1988, sin que la compañera sexual adquiriera la enfermedad, tanto el tribunal *a quo* como el *ad quem* absolvieron al hombre del delito de lesiones en grado de tentativa, por el que le había acusado el Ministerio Fiscal en ambas instancias.

La AP Kempten distingue entre «participación *impune* en una autopuesta en peligro y participación o autoría *punibles* en una heteropuesta en peligro» (negritas añadidas), llegando a la conclusión de que, en el supuesto sometido a enjuiciamiento, se trata de una «autopuesta en peligro responsable [por parte de la mujer] en la que ha participado el acusado, y no en una posiblemente punible heteropuesta en peligro consentida», lo que fundamenta la absolución del transmisor, ya que en este caso el consentimiento de la pareja sexual sana es eficaz, porque, en los supuestos de participación en una autopuesta en peligro, «la punibilidad del tercero que promueve el acto de autopuesta en peligro sólo puede empezar cuando aquél, en virtud de un conocimiento material superior, aprehende el peligro mejor que quien se autopone en peligro», circunstancia que no concurría en esa relación sexual, ya que tanto el hombre como la mujer sabían que aquél era portador del VIH. La conclusión de que este supuesto es uno de autopuesta en peligro consentida (y no de otro de heteropuesta) la extrae el tribunal de que aquí estamos ante un «caso de participación necesaria de ambos intervinientes. Los dos tienen igualmente el dominio del acontecimiento». En consecuencia, la AP Kempten concluye

(99) En el mismo sentido, la AP de Hamburgo, en una sentencia de 17 de febrero de 1989 (reproducida en *NJW*, 1989, pp. 2071 y 2072), que condenó al acusado por una tentativa de lesiones en la persona de su pareja sexual femenina, a quien aquél no reveló que era portador del virus del sida, si bien no pudo acreditarse si el contagio se produjo cuando el hombre aún desconocía la enfermedad que padecía.

(100) Reproducida en *NJW*, 1989, pp. 2068-2071.

(101) Reproducida en *NJW*, 1990, pp. 131-132.

que, «con ello, la participación necesaria del acusado en la práctica de un comercio carnal heterosexual, sin protección, es sólo una participación en una autopuesta en peligro autorresponsable de la mujer y, como tal, impune, por faltar el tipo objetivo de unas lesiones peligrosas punibles (en grado de tentativa)».

El TSJ Baviera, al confirmar la sentencia absolutoria de la AP Kempten, estima igualmente que ese contacto sexual es uno de autopuesta en peligro, ya que lo que caracteriza a la heteropuesta en peligro es que «alguien se expone, con plena conciencia del riesgo, al peligro de amenaza de otra persona, es decir, cuando el “autor” ejerce sólo el dominio del hecho sobre el acontecimiento que provoca la puesta en peligro del bien jurídico, y la “víctima” únicamente se expone a los efectos de las acciones peligrosas del autor, de tal manera que su destino se encuentra, finalmente, en las manos del “autor”». Por ello, y siguiendo esa definición, el tribunal bávaro entiende que aquí se trataría de una autopuesta en peligro por parte de la pareja sexual sana físicamente, porque, «en la relación sexual realizada de mutuo acuerdo, las dos personas dominaban conjuntamente el acontecimiento. Cada una de ellas tuvo en cualquier momento la posibilidad de intervenir dirigidamente en el desarrollo del acontecimiento; pudieron en cualquier momento interrumpir el contacto sexual, o disminuir sensiblemente su peligrosidad, empleando, por ejemplo, preservativos».

### 3. La cuestión en la doctrina científica

#### a) *Introducción*

Las tres cuestiones más importantes que se discuten en la doctrina científica sobre la transmisión del VIH por vía sexual son las siguientes:

En primer lugar, si el tratamiento juridicopenal debe ser distinto en función de si el portador del virus del sida ha hecho saber a su pareja sexual que padece la enfermedad, cuestión que se responde mayoritariamente en el sentido de que el resultado lesivo se le debe imputar al transmisor del virus cuando ha ocultado su dolencia, y de que hay ausencia de imputación objetiva cuando la ha revelado a la persona con la que practicó el sexo.

Sobre la segunda cuestión, a saber, la de si la transmisión del virus del sida por vía sexual constituye una heteropuesta en peligro por parte del ya infectado o una autopuesta en peligro por parte de quien corre el riesgo de contagio, existen más discrepancias que sobre la primera. De todas formas, y *en contra de la tesis que aquí defiendo*, a esta distinción no se le suelen hacer seguir consecuencias prácticas, ya que para la

doctrina científica dominante (102) –no así para la jurisprudencia alemana (103)– tanto la heteropuesta como la autopuesta en peligro eficazmente consentidas excluyen la imputación objetiva, imputación que se hace depender únicamente de la primera cuestión, de si el consentimiento

(102) Cfr., por ejemplo, ROXIN, 1973, pp. 252/253; el mismo, *AT I*, 2006, § 11, nn. mm. 123 ss.; SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 723; OTTO, *Jura*, 1984, p. 540; el mismo, 1989, pp. 170, 171 y 172; el mismo, *AT*, 2004, § 6, n. m. 62; FRISCH, 1988, pp. 116 y 149; FIEDLER, 1990, pp. 97, 158 ss., 169 ss., 187 y 193; MIR, *ADPCP*, 1991, p. 267; el mismo, 2001, p. 407; WALTHER, 1991, pp. 230/231, 241, 248; PORTILLA, *CPC*, 1991, pp. 712, 726 y 729; ZACZYK, 1993, pp. 64 y 65; JAKOBS, 1992 (1997), pp. 411/412; CANCIO, *RDPC*, 1998, pp. 73/74, 84 y 85; el mismo, 2001, pp. 46/47, 213 ss., 284 ss., 383/384; GARCÍA ÁLVAREZ, 1999, 518 ss.; la misma, *RDPC*, 1999, p. 419; FEIJOO, *RDPC*, 2000, pp. 289/290; HELLMANN, 2001, p. 285; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *StGB*, 2001, antes de los §§ 13 ss., nn. mm. 101/101 a; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *StGB*, 2001, § 15, n. m. 171; RUDOLPHI, *SK*, 2005, antes del § 1, n. m. 81 a; PUPPE, *NK*, 2005, antes del § 12, n. m. 192 («En principio, todo ciudadano mayor de edad debe poder decidir libremente a qué peligros se expone y cómo se protege frente a ellos. Esto excluye una responsabilidad del tercero que posibilita una tal autopuesta en peligro autónoma o que participa en ella, siendo indiferente el que su participación aparezca, de acuerdo con cualquier descripción del proceso externo de acción, como participación en autopuesta en peligro ajena o como heteropuesta en peligro consentida»); WESSELS/BEULKE, *AT*, 2006, § 6, nn. mm. 190/191.

En contra de esta equiparación, por ejemplo, STREE, *JuS* 1985, p. 183; y DÖLLING, *GA* 1984, pp. 80/81: «Existe una diferencia fundamental si el autor únicamente ayuda a la víctima a autoponerse en peligro de muerte, poniendo a su disposición, por ejemplo, una motocicleta para un viaje arriesgado, o si él comete por sí mismo el hecho peligroso para la vida, conduciendo el mismo la motocicleta en un viaje osado, llevando consigo, como acompañante, a la víctima, y haciéndose, con ello, señor sobre la vida de la víctima. Como mucho podría pensarse en una equiparación con la participación en una autopuesta en peligro en aquellos casos en los que la víctima, más allá de su consentimiento, ha participado en el hecho como “inductora” o “cómplice”. Pero también en estos casos es el otro interviniente, que coloca la última causa de la muerte, señor sobre el acontecimiento, de manera que no está justificado equiparar esta constelación a la mera participación en la autopuesta en peligro. De la impunidad de la participación en el suicidio y de la punibilidad del homicidio a petición de la víctima se sigue que el StGB distingue estrictamente entre participación en el autodafío y daño ajeno consentido. Esta diferenciación debe ser efectuada también en la autopuesta en peligro».

(103) La jurisprudencia alemana, a partir de las sentencias de 14 de febrero y de 9 de noviembre, ambas de 1984 (casos de la jeringuilla y de la heroína, cfr. *supra* n. 50), sólo admite la exclusión de la imputación objetiva en los supuestos de participación en una autopuesta en peligro, argumentando esa exclusión con el argumento *a maiore ad minus* derivado de la impunidad de la participación dolosa en el suicidio. En los supuestos de heteropuesta en peligro consentida, en cambio, y a pesar de algunas vacilaciones, la jurisprudencia alemana estima que concurre la imputación objetiva y que, por tanto, el autor debe responder, a título de imprudencia, por el correspondiente resultado lesivo causado materialmente a la víctima. (Para una exposición –crítica– de esta doctrina jurisprudencial alemana, con amplias referencias a las sentencias que se han pronunciado en ese sentido, cfr. ROXIN, *AT I*, 2006, § 11, nn. mm. 126 ss.)

era válido, porque la víctima conocía la enfermedad de aquel con quien practicó el acto sexual, o inválido, porque no la conocía.

Finalmente, y en tercer lugar, y para aquellos supuestos en los que se estima que al portador del virus se le debe imputar objetivamente el resultado lesivo, surge el problema de si esa imputación debe hacerse a título de dolo o de imprudencia, cuestión esta en la que –aunque tome personalmente posición– no me es posible profundizar aquí, donde de lo que me ocupo es de la imputación objetiva –esto es, del tipo objetivo– y no del tipo subjetivo de los delitos dolosos o imprudentes –esto es, del dolo y de la imprudencia–.

b) *Ausencia o presencia de imputación objetiva en función de si a la pareja sana se le había hecho saber o no la enfermedad del portador del virus*

aa) De acuerdo con la doctrina científica dominante, cuando el tercero tiene un conocimiento superior (porque conoce su enfermedad) al de la víctima (porque ignora que su pareja sexual es seropositiva) sobre el riesgo que se está asumiendo, el consentimiento no puede considerarse jurídicamente válido, lo que condicionaría que el resultado lesivo debería imputársele objetivamente a ese tercero, mientras que si ambos son conscientes del peligro que se corre (porque tanto uno como otro conocen la enfermedad), entonces, independientemente de si se consideran estos supuestos de heteropuestas o de autopuestas en peligro, y siempre según la tesis de la doctrina dominante, el comportamiento del portador del VIH sería atípico por ausencia de imputación objetiva. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia alemana [v. *supra* 2 b)] (104), y se ha pronunciado también la doctrina científica dominante (105).

bb) Helgerth, que considera que en estos casos estamos ante supuestos de heteropuesta en peligro (106), coincide con la doctrina

(104) La jurisprudencia española sólo se ha ocupado hasta ahora –afirmando la imputación objetiva– de supuestos en los que la víctima desconocía que la persona con la que practicó el sexo era portadora del VIH [v. *supra* 2 a)], sin que haya tenido ocasión de pronunciarse sobre cuál debería ser la calificación juridicopenal en el caso de que el interviniente sano en el acto sexual conociera la enfermedad de su pareja y, con ello, el riesgo que asumía.

(105) Cfr., por ejemplo, SCHÜNEMANN, 1988, p. 492; el mismo, 1993, p. 43; el mismo, GA, 1999, p. 222; BOTTKE, 1988, p. 187; PORTILLA, CPC, 1991, p. 731; WALTHER, 1991, p. 240; FRISCH, *NStZ*, 1992, p. 66; OTTO, *Jura* 1992, p. 98; ZACZYK, 1993, pp. 58/59; PUPPE, *AT I*, 2002, § 6, nn. mm. 20 ss.; KÜHL, *AT*, 2005, § 4, nn. mm. 89 y 90; ROXIN, *AT I*, 2006, § 11, n. m. 133.

(106) V. *NStZ*, 1988, p. 262.

dominante en que existe responsabilidad penal si el portador de VIH ha ocultado a su pareja la enfermedad que sufre. Pero si ambos intervinientes en el acto sexual conocen la dolencia de uno de ellos, Helgerth mantiene, en contra de la opinión mayoritaria, y acudiendo a criterios ético-religiosos, que el ya portador del virus del sida sólo quedará exento de responsabilidad en el caso de que la relación se haya desarrollado dentro del matrimonio, ya que «la conformación de las relaciones sexuales matrimoniales, y practicadas de mutuo acuerdo, también debe quedar en manos de la libre conformación de los cónyuges, incluso aunque a ellas vaya vinculada la puesta en peligro de uno de los cónyuges» (107). En cambio, y como se trata de una heteropuesta en peligro, el previamente infectado debería responder por los resultados lesivos si la relación sexual ha sido una de carácter extramatrimonial (108).

Por su parte, Weber prefiere no tomar posición sobre la discutida cuestión de si en la relación sexual con un portador (o portadora) del VIH estamos ante una heteropuesta o una autopuesta en peligro (109), haciendo depender la imputación objetiva al transmisor de la enfermedad –cuando éste le ha informado previamente de ella a su pareja–, y con una argumentación parecida a la de Helgerth, de si el contacto ha tenido lugar fuera del matrimonio, y de si, en ese caso, atenta o no contra las buenas costumbres (110).

Por lo demás, la argumentación de Helgerth y de Weber tiene su apoyo legal en Alemania en el § 228 [antiguo § 226 a)] StGB («consentimiento del lesionado»), según el cual, «quien ejecuta una lesión con consentimiento del lesionado, sólo actúa antijurídicamente cuando el hecho, a pesar del consentimiento, *vulnera las buenas costumbres*».

cc) De acuerdo con una tercera y también minoritaria dirección doctrinal, que tiene su defensor más importante en Jakobs, el consentimiento ha de considerarse también jurídicamente válido, con la consecuencia de que al transmisor del VIH no se le podrán imputar los resultados lesivos consecuencia del contagio no sólo cuando la víctima *conocía*, sino también cuando le era *cognoscible* la enfermedad de su pareja sexual, lo que sería el caso cuando la persona hasta entonces sana accede a practicar el sexo con otra perteneciente a un *grupo de riesgo*, como lo puede ser quien ejerce la prostitución femenina o masculina, o quien pertenece al círculo de los heroinómanos.

(107) *NSiZ*, 1988, p. 263.

(108) Cfr. HELGERTH, *op. cit.*, loc. cit.

(109) Cfr. 1992, p. 54, n. 45.

(110) Cfr. *op. cit.*, pp. 54/55. WEBER no aclara, sin embargo, cuándo una relación sexual extramatrimonial atenta contra las buenas costumbres y cuándo no.

Jakobs fundamenta su tesis argumentando que en estos casos lo que explica la consecuencia lesiva para la víctima «no es la “desgracia”, sino la “lesión de un deber de autoprotección”», denominando a este grupo de casos «acción a propio riesgo» (111): «quien tiene trato sexual con una persona drogodependiente o que se prostituye actúa a propio riesgo en lo que se refiere a un contagio con el virus VIH» (112), ya que «hay ya una acción a propio riesgo cuando [la víctima] conoce determinadas condiciones bajo las cuales una persona cuidadosa contaría con que existe una probabilidad superior a la media de que esté presente tal enfermedad», porque «en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la relación, es decir, de quien actúa a propio riesgo» (113): en este caso, «el propio sujeto lesionado... ha incumplido sus deberes de autoprotección» (114).

En el mismo sentido que Jakobs se han pronunciado Cancio (115), Gómez Rivero (116) y García Álvarez (117).

---

(111) 1996, p. 110.

(112) *Op. cit.*, p. 111.

(113) *Op. cit.*, p. 112.

(114) *Op. cit.*, p. 174. A la infracción de los deberes de autoprotección se refiere también JAKOBS, en *op. cit.*, pp. 175, 176, 177 y 178. Cfr. también JAKOBS, 1992 (1997), p. 405: «Si hay autolesión de quien adquiere la enfermedad cuando consiente mantener relaciones sexuales sabiendo ambos de la infección del otro, entonces también tiene que haber autolesión cuando uno de los sujetos no conoce la enfermedad del otro, pero sólo porque no tiene en cuenta lo que sería asunto suyo tener en cuenta. Especialmente en el supuesto de relaciones sexuales mantenidas con alguien que de modo evidente pertenece a un grupo de riesgo, por ejemplo, porque se prostituye... es asunto propio del otro, en todo caso en un supuesto “normal”, el ocuparse de las condiciones de higiene, ya que este tipo de situaciones no se define por un cuidado mutuo, sino por la esperanza recíproca de obtener ventajas».

(115) Cfr. RDPC, 1998, p. 87: «Igualmente, si un sujeto mantiene relaciones sexuales con una persona cuyas circunstancias revelan un posible riesgo –supongamos que se trata de una persona dedicada a la prostitución–, y de ese contacto resulta el contagio de una enfermedad de transmisión sexual, es indiferente que la víctima conozca o no la condición de portadora de tal enfermedad de la otra, o siquiera la posibilidad de transmisión en el acto sexual elegido. Pues la actividad conjunta realizada –contacto sexual con alguien que mantiene frecuentes relaciones sexuales– conlleva objetivamente el riesgo de contagio de una enfermedad de transmisión sexual. Por el hecho de que en su peculiar mundo interno la víctima “decida” desligar su conducta de esa posibilidad no se genera una conducta típica del otro sujeto. La conducta de la persona prostituida no es típica de un delito de lesiones o de homicidio; el suceso debe imputarse a la víctima». V. también CANCIO, 2001, pp. 290/201, 372/373 con nota 516.

(116) V. 1998, pp. 174 ss.

(117) Cfr. 1999, pp. 291/292.

c) *¿Autopuesta o heteropuesta en peligro en la transmisión del VIH por vía sexual?*

Sobre si en la transmisión del virus del sida por vía sexual estamos ante un supuesto de heteropuesta –es decir, ante un supuesto en el que *el tercero causa* el resultado lesivo a la víctima– o de autopuesta en peligro –es decir, ante otro en el que es la propia víctima la que se *autocausa* el daño–, la doctrina está dividida.

No así la jurisprudencia alemana que, como hemos visto supra 2 b), y cuando la víctima conoce la enfermedad previa de su pareja sexual, fundamenta precisamente la absolución del transmisor en que en estos casos se trataría de una impune participación en una autopuesta en peligro consentida. En el mismo sentido de que aquí estaríamos ante una autopuesta en peligro se han manifestado en la doctrina científica, entre otros: Bottke (118), Otto (119), Hugger (120), Fiedler (121), Mir (122), Walther (123),

---

(118) BOTTKE, 1988, p. 183, fundamenta la impunidad del transmisor, cuando su pareja sexual conoce la enfermedad, en la atipicidad de la participación en una autopuesta en peligro consentida: «Si la víctima se sirve ya del infectado, con pleno conocimiento de la situación arriesgada... como medio de una autopuesta en peligro, entonces, con el contacto consensual y la situación de peligro, acepta y determina el acto potencial de transmisión de una manera que equivale a la puesta en peligro propia, en el que el ya infectado colabora atípicamente como cómplice».

(119) OTTO, 1989, p. 367, quien argumenta la concurrencia de una autopuesta en peligro con un razonamiento análogo al del TSJ Baviera: «Sobre las contingencias de las posiciones en la relación sexual de los participantes no pueden fundamentarse ulteriores consecuencias jurídicas. El ejercicio de la relación sexual, con conocimiento del supuesto de hecho [de que uno de ellos es seropositivo] y de sus posibles consecuencias, es un acto sustentado de igual manera por ambos participantes. Los dos son, en sentido juridicopenal, cotitulares del dominio del hecho, también sobre el acto decisivo del peligro de contagio. Con ello, el supuesto de hecho no se puede fraccionar, tal como exigen los §§ 212 [homicidio de otro] y 223 ss. [lesiones de otro] StGB, como la lesión de otro por parte del autor infectado de la pareja».

(120) Cfr. JuS, 1990, p. 975.

(121) FIEDLER, 1990, estima que «la relación sexual, cuando se ejecuta voluntariamente, está determinada hasta tal punto por la propia actuación que no puede definirse como la actuación de otro» (p. 190), llegando a la conclusión, sobre la base de consideraciones victimodogmáticas, de que, cuando ambos intervinientes conocen la infección de uno de ellos, «el punto de vista de la autorresponsabilidad del titular del bien jurídico debe prevalecer sobre el aumento del riesgo proveniente del autor, y no en último lugar para contraponerse a una desmesurada tutela estatal del titular del bien jurídico de imponerle protección juridicopenal en esferas privadas, que ni él quiere ni necesita» (p. 191).

(122) Cfr. ADPCP, 1991, pp. 264/265. Que para MIR se trata de una autopuesta en peligro es lo que parece que hay que deducir de la exposición que hace de la sentencia, ya mencionada, del TSJ Baviera.

(123) Cfr. 1991, p. 240.

Jakobs (124), Zaczek (125), Gómez Rivero (126), García Álvarez (127), Hellmann (128), Schönen/Schröder/Lenckner (129), Puppe (130), Kühl (131), Wessels/Beulke (132).

Opinan, por el contrario, que la transmisión sexual de VIH constituye un caso de heteropuesta en peligro y, entre otros, Helgerth (133), Frisch (134), Schünemann (135) y Roxin, fundamentando este último autor su posición de la siguiente manera (136): «En el campo de la heteropuesta en peligro consentida habrá que encuadrar también el caso, especialmente actual, de que alguien admite contactos sexuales con riesgo de sida. Estos casos se tratan frecuentemente desde el punto de vista de que el infectado toma parte en una autopuesta en peligro de su pareja. Pero como la puesta en peligro parte exclusivamente del infectado, y la pareja únicamente se expone a aquélla, se

(124) Cfr. *AT*, 1992, 21/78 a; 1992 (1997), p. 405.

(125) V. 1993, p. 58 n. 195.

(126) V. 1998, pp. 185/186.

(127) V. 1999, pp. 271/272, 291/292.

(128) 2001, p. 284 (igualmente con razonamientos análogos a los del TSJ Baviera): «El principio así entendido de la autorresponsabilidad lleva indudablemente a la exclusión de la imputación objetiva en el contacto sexual sin protección de la persona sana informada sobre la enfermedad con su pareja infectada de sida, ya que ambos dominan el acontecimiento de igual modo, toda vez que las “contribuciones al hecho” son incluso completamente equivalentes».

(129) Cfr. *StGB*, 2001, antes de los §§ 32 ss., n. m. 107.

(130) Cfr. *AT*, 1, 2002, § 6, n. m. 7. Según PUPPE, «el ciudadano mayor de edad es libre de decidir por sí mismo los peligros a los que se expone y cómo se protege contra ellos. Por consiguiente, no se trata de una exoneración del autor y de una responsabilidad unilateral de la víctima por el riesgo conjuntamente causado, sino de la libertad de esta última de ser tutelado por la razonabilidad ajena. Por ello, está permitido contribuir de cualquier manera a la autopuesta en peligro de otro, mientras concurre esa libertad» (*op. cit.*, § 6, n. m. 6).

(131) Cfr. *AT*, 2005, § 4, n. m. 89 (con una argumentación parecida a la del TSJ Baviera): «A causa del común dominio del hecho o de la común dominación del riesgo, y de la posibilidad existente para cada uno de los intervenientes de intervenir, dirigiéndolo, en el desarrollo del acontecimiento, habrá que partir de una puesta en peligro propia del aún no infectado, si no se quiere pasar por alto la decisión responsable propia a favor del riesgo».

(132) *AT*, 2006, § 6, n. m. 191: «colaboración impune en una autopuesta en peligro ajena».

(133) *NSiZ*, 1988, p. 262: «... el peligro parte sólo del infectado con el VIH. Contemplado de esta manera, su contribución al hecho debe ser valorada más que la de la víctima. Por consiguiente, todo habría a favor de tratar el presente caso [relación sexual en la que la víctima conoce la enfermedad de su pareja] como heteropuesta en peligro consentida».

(134) Cfr. *NSiZ*, 1992, pp. 166/167.

(135) V. 1993, p. 44.

(136) *AT I*, 2006, § 11, n. m. 133.

trata de una heteropuesta en peligro consentida, completamente comparable con el caso de que alguien se haga inyectar una droga por otro».

Otros autores o prefieren no pronunciarse sobre el dilema autopuesta-heteropuesta (137), o consideran que en estos casos no tiene sentido hablar de heteropuesta y autopuesta en peligro acudiendo a criterios de autoría, porque no es viable «distinguir formas de autoría y participación en este ámbito: no parece posible que la contribución de la víctima en términos de quasi-coautoría con otro pueda enmarcarse en el artículo 28 CP (“realizar el hecho conjuntamente”), ya que la víctima, al ser atípica su conducta, nunca realizará el “hecho”» (138).

#### 4. Toma de posición

##### a) *El consentimiento eficaz*

aa) De acuerdo con la doctrina jurisprudencial (139) y científica [indicaciones supra 3 b) aa)] (140) dominante, a la que me adhiero, el

(137) Así, WEBER, 1992, p. 54 n. 45. Cfr. también SCHROEDER, *LK*, 2003, § 16, n. m. 183: «... la diferenciación entre consentimiento en el peligro que proviene de otro y la autopuesta en peligro frecuentemente apenas puede llevarse a cabo (por ejemplo, comercio sexual con infección del sida...)».

(138) CANCIO, 2001, pp. 212 y 213, n. 487. En el mismo sentido, HUGGER, JuS, 1990, p. 972, y LUZÓN PEÑA, 1993, p. 16.

(139) Para la jurisprudencia alemana, cfr. *supra* 2 b). Por lo que se refiere a la jurisprudencia española, el TS, en su sentencia de 4 de marzo de 1985, A. 1968, condena por la muerte sobrevenida al vendedor de metadona adulterada que se la proporciona a un drogadicto, falleciendo éste después de habérsela inyectado. Ciertamente que en este caso se trata, por parte de la víctima, de una autopuesta en peligro con resultado de muerte, pero como el vendedor tenía un *conocimiento superior* al de aquélla del riesgo que corría, ya que, hasta tal punto era consciente de la extrema peligrosidad de la sustancia, que un anterior cliente, al que había facilitado otra dosis de la misma remesa de metadona, había estado a punto de morir, «logrando salvar la vida [sólo] gracias a la rápida y eficaz intervención médica», por todo ello, *el consentimiento del drogadicto fallecido no fue eficaz*, porque –al contrario que el vendedor– no tenía un conocimiento cabal del grado de peligro que encerraba su autopuesta en peligro.

(140) Además de los autores citados supra 3 b) aa), cfr. OTTO –con ulteriores referencias jurisprudenciales y bibliográficas–, 1989, p. 174: («Sólo se puede hablar de una puesta en peligro autorresponsable cuando el afectado ha actuado, en sentido jurídico, de manera libremente responsable y conociendo el alcance de su decisión, es decir, conociendo el riesgo, así como las posibles consecuencias de su comportamiento. Si –al contrario que otra persona que participa en la creación de la situación peligrosa– calcula incorrectamente las consecuencias, o calcula incorrectamente el riesgo, entonces el conocimiento material superior convierte la aportación del otro al

consentimiento será jurídicamente ineficaz cuando el portador del virus del sida tiene un conocimiento superior del peligro (conoce su enfermedad) que la persona que resulta contagiada (que ignora la existencia de esa enfermedad en su pareja sexual).

En estos casos de error sobre la dimensión del peligro por parte de la víctima –que no del tercero–, la doctrina dominante, como *principio general*, y al margen del caso concreto de la transmisión sexual del VIH, no otorga eficacia juridicopenal alguna al consentimiento (que, según el art. 155 del Código Penal español, tiene que ser «válida, libre, espontánea y expresamente emitido»), de tal manera que en la inducción y el auxilio al suicidio, y en el homicidio consentido, si el tercero convence a la víctima para que se dispare en la sien, o es ese tercero el que la dispara directamente, y el sujeto pasivo cree que el revólver sólo contiene una bala en el tambor (sólo existiría una *posibilidad* entre seis de que perdiera la vida), siendo así que, en realidad –y esa realidad la conoce el tercero–, aquél está lleno, y contiene los seis proyectiles que admite (por lo que, en caso de disparo, la muerte sería *segura*), el partícipe o el autor directo no responderían de una inducción o auxilio al suicidio o de un homicidio consentido, sino de un asesinato, en un caso en autoría mediata –si es el propio sujeto pasivo ulteriormente fallecido quien se ha disparado a sí mismo, y que habría actuado como mero instrumento de aquél sometido a error–, y en otro como autor directo, si quien ha disparado en la sien no ha sido la víctima (que creía que en el tambor de seis sólo había una bala), sino materialmente ese tercero (que sabía que el tambor contenía todas las balas): el consentimiento es, pues, ineficaz cuando el sujeto activo tiene un conocimiento del

---

hecho en una heteropuesta en peligro, de tal manera que quien dispone del conocimiento material superior es autor de un delito de lesiones o de homicidio. Con ello, rigen los mismos principios elaborados para constatar la libre responsabilidad de la decisión de voluntad de un suicida, es decir, los principios que confieren la eficacia jurídica a un consentimiento jurídicamente relevante»); ROXIN, *Chengchi Law Review*, 1994, p. 233 («De todas formas, si el proveedor de la droga conoce mejor que el comprador la peligrosidad de la sustancia, entonces el vendedor asume la responsabilidad, de tal manera que el conocimiento del autor es relevante, también aquí, para la imputación al tipo objetivo»); SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, 2001, observaciones previas a los §§ 32 ss., n. m. 46 («Por consiguiente, es relevante, por ejemplo, un error sobre la clase y la dimensión de la lesión, o sobre los peligros superiores a ella vinculados, cuando el paciente, por ejemplo, en una intervención quirúrgica arriesgada, cree falsamente que quien le trata es un médico o un facultativo autorizado». Cfr., además, SCHLEHOFER, *MünchKommStGB*, 2003, observaciones previas a los §§ 32 ss., n. m. 143, y ROXIN, *ATI*, 2006, § 13, nn. mm. 98 y 99, ambos con ulteriores indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales.

riesgo superior al del pasivo. Y si esto es así –y así es–, lo mismo debe regir para el supuesto de transmisión sexual del virus del sida: si el portador del VIH sabe que lo es, y no lo sabe su pareja sexual, entonces ese consentimiento en un riesgo inferior del que realmente corre, por no ser eficaz, carece de relevancia alguna, por lo que, en cualquier caso, el eventual resultado lesivo que se cause de muerte o de lesiones debe ser imputado objetivamente a aquél.

bb) La opinión mantenida por Helgerth y por Weber de que, en el caso de que los dos intervinientes en el acto sexual conozcan que uno de ellos es seropositivo, la imputación objetiva habrá que negarla si la relación sexual tuvo lugar dentro del matrimonio, y afirmarla, en cambio, si la relación vulneró las buenas costumbres, no puede convencer ni en Derecho español, ni tampoco en el alemán.

En el español, porque lo único decisivo es la validez o no validez jurídica del consentimiento, cumpliéndose ese requisito cuando las dos personas que practican el sexo saben que una de ellas padece esa enfermedad contagiosa, sin que el Código Penal español haga depender esa validez, en ningún precepto, de la adecuación o inadecuación de ese consentimiento con las buenas costumbres.

Y en el Derecho alemán, y en el caso de relaciones sexuales con una persona seropositiva, si los dos sujetos que practican el sexo conocen la enfermedad de uno de ellos, el consentimiento ha de considerarse eficaz o, en su caso, ineficaz, sin que desempeñe papel alguno si el contacto se desarrolla dentro o fuera del matrimonio: porque si el contagiado resulta muerto a consecuencia del sida transmitido, en el delito doloso, el StGB, en su § 216, no exige para la entrada en juego del tipo atenuado del homicidio consentido que el acuerdo prestado no vulnere las buenas costumbres. Y en las lesiones dolosas consentidas, la doctrina dominante (141) considera que existe una vulneración de las buenas costumbres, *en todo caso*, cuando el daño en la salud es de especial gravedad, que es precisamente el daño que se causa cuando al lesionado se le contagia el VIH.

cc) La tesis patrocinada por Jakobs y otros autores de que, aunque la persona hasta entonces sana no *conozca* que su pareja sexual es portadora del VIH, el consentimiento también será eficaz si esa enfermedad era al menos *cognoscible*, tal como sería el caso cuando aquélla practica el sexo con otra persona perteneciente a un grupo de riesgo, como lo es el de las mujeres o los hombres que ejercen la pros-

---

(141) Cfr. sólo PAEFFGEN, *NK*, 2005, § 228, nn. mm. 40 y 41; ROXIN, *AT I*, 2006, § 13 nn. mm. 40 ss., ambos con ulteriores indicaciones.

titución, o el de los drogadictos, ha sido rechazada, con razón, mayoritariamente (142).

Con su tesis, Jakobs entra en contradicción con la dogmática penal del consentimiento en general, que considera que éste carece de eficacia cuando se ha prestado como consecuencia de vis física o de amenaza, o cuando quien lo presta es víctima de un error sobre el alcance del riesgo que corre, dogmática que, en especial, se ha desarrollado jurisprudencial y doctrinalmente, tanto en España como en Alemania, para determinar, en primer lugar, el contenido de los tipos de inducción y auxilio al suicidio y de homicidio consentido, y para concretar, en segundo lugar, cuándo el consentimiento en las lesiones ha de considerarse válido, y, con ello, cuándo puede operar para atenuar la pena del autor (art. 155 CP español) o para excluir la antijuridicidad de la lesión infligida (§ 218 StGB alemán).

A esa contradicción existente entre Jakobs y la doctrina dominante del consentimiento no habría nada que oponer si se sustentara en una argumentación jurídica. Pero es que Jakobs sociologiza la dogmática jurídica, sustituyendo, así, el método interpretativo de la ciencia del Derecho por el de las ciencias extrajurídicas, y, más concretamente,

---

(142) Cfr. BGH 36, 1 ss. (18): «Lo mismo rige cuando el afectado, que no ha percibido el riesgo concreto de una transmisión del VIH, sabe que practica la relación sexual con una persona que pertenece a uno de los llamados grupos de riesgo. También en tales casos tiene derecho a la protección juridicopenal; pues es inadmisible trasladar la responsabilidad para la evitación de un peligro tan grave de aquel de quien parte el peligro, y que lo sabe, a quien corre el peligro, por muy poco cuidadoso que sea su comportamiento... La pareja debe confiar, en todo caso, en que nadie se relacione con ella sexualmente, sin protección, conociendo y silenciando su contagio»; HERZBERG, 1993, p. 131: «Si, por ejemplo, una prostituta que padece el sida promete prestar sus servicios sin condón a un tercero desinformado o engañado, entonces ella sabe al cien por cien que él mantendrá relaciones sin protección con una persona infectada. Él, por el contrario, considera que esto es posible, pero a falta de explicaciones sólo puede partir del peligro estadístico, que en su situación normalmente está por debajo del cinco por ciento. Negar o no tener en consideración esta diferencia sólo porque uno desatiende las reglas de autoprotección no me parece alejado de la mala fe»; LUZÓN PEÑA, 1993, p. 16; PUPPE, *AT I*, 2002, § 6, n. m. 21, con ulteriores referencias, en nota 238, sobre quienes rechazan la tesis de JAKOBS; ROXIN, *AT I*, 2006, § 11, n. m. 133 n. 280, quien argumenta, contra los que niegan la imputación objetiva de la persona seropositiva cuando el todavía no infectado sabe que aquélla pertenece a un grupo de riesgo, que «detrás de ello se encuentra el punto de vista de política epidemiológica de que uno no debe confiar en los demás, sino que se debe proteger a sí mismo. Pero, en primer lugar, nuestro ordenamiento jurídico también protege a los irreflexivos. Y, en segundo lugar, está completamente indicado politicocriminalmente exhortar a quien ya está infectado a que facilite información; pues esta es la manera más segura de motivar a la pareja para que se adopten medidas de protección».

por el de la sociología, y, más concretamente aún, por el de la sociología de Luhmann. Naturalmente que no es posible hacer *filosofía* del Derecho penal sin tener en cuenta las aportaciones de la filosofía general, de la sociología o de la psicología (143). Pero para interpretar los preceptos del Código Penal me basta, por sólo mencionar a algunos autores ya fallecidos, con la lectura de, entre otros, Jiménez de Asúa o Quintano Ripollés, v. Liszt, Binding, Beling, Mezger o Welzel, y me niego a admitir que, en el discurso estrictamente jurídico-exegético, toquen algún pito, por dar algunos nombres, y con todos los respetos, Freud, Heidegger, Habermas, Wittgenstein o Luhmann.

Y después de esta declaración de principios, y abordando ya el razonamiento al que acude Jakobs para concluir que el consentimiento de la víctima es eficaz no sólo cuando conoce que la persona con la que practica el sexo es seropositiva, sino también, y aun cuando no lo conozca, cuando ello sea cognoscible, porque entabla la relación sexual con un hombre o una mujer que pertenecen a un grupo de riesgo, lo primero que hay que decir sobre su argumento de que ello es así porque en tal caso la víctima «ha incumplido sus deberes de autoprotección», es que tales deberes son una invención de Jakobs que carecen de cualquier base jurídica, ya que, como ya he expuesto *supra* A 1 (144), lo que se deduce del Código Penal es precisamente lo contrario: que, incluso cuando la víctima vulnera *conscientemente* –y no inconscientemente, como en el caso de las relaciones sexuales con individuos pertenecientes a grupos de riesgo– sus supuestos –e inexistentes– deberes de autoprotección, renunciado *voluntariamente* –y no involuntariamente– a la vida o a su salud, ello no excluye, sino que fundamenta, la responsabilidad penal del tercero en la inducción y auxilio al suicidio y en el homicidio y las lesiones consentidas. Y hay que decir, en segundo lugar, que atribuir a la teoría sociológica de los roles de Luhmann también relevancia juridicopenal es una nueva invención de Jakobs, porque no existe norma penal ni extrapenal alguna, ni tampoco *legi artis* de ninguna clase, de las que se puedan deducir con criterios jurídicos mínimamente plausibles y concretizables cuál es el contenido obligacional de ese supuesto rol de la víctima.

(143) Yo mismo he tratado de hacer fructífero el psicoanálisis para establecer cuáles serían los fines de la pena y, en general, del Derecho penal: cfr., por ejemplo, mis artículos «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?»; «El sistema del Derecho penal en la actualidad»; «Prólogo» al libro de ALCÁZER, «¿Lesión del bien jurídico o lesión del deber?», 2003, pp. 14 ss., todos ellos citados en el «Apéndice» bibliográfico del presente artículo.

(144) Y, con mayor detenimiento, en GIMBERNAT, 2004, pp. 441 ss.

b) *La dicotomía heteropuesta en peligro consentida-participación en una autopuesta en peligro, en el caso de la transmisión del virus del sida por contacto sexual*

aa) Como hemos visto *supra 2 y 3 c*), la jurisprudencia y la ciencia penal están divididas sobre si el caso de la transmisión del virus del sida como consecuencia de una relación sexual constituye un supuesto de heteropuesta en peligro o de participación en una autopuesta en peligro. Pero para la doctrina científica dominante (145) –no así para la jurisprudencia– esta distinción sólo tiene un interés teórico que no se traduce en consecuencias jurídicas distintas, ya que, independientemente de la clasificación en la que haya que subsumir este supuesto, considera –tanto a nivel general como a nivel particular, en el caso concreto de la transmisión del VIH por vía sexual– que, *con tal que el consentimiento de la víctima haya sido jurídicamente eficaz* (porque también ésta conoce la enfermedad de su pareja), ello condiciona, en cualquier caso, la no imputación del resultado lesivo al portador del virus (146): «Esta distinción (entre autopuesta y heteropuesta) carece de sentido, y la ciencia empieza a apartarse de ella» (147). Por ello, para la doctrina científica dominante lo determinante para decidir si el tercero responde o no del resultado lesivo es establecer si el consentimiento ha sido eficaz –porque si lo ha sido, e independientemente de si se estima que estos casos constituyen una heteropuesta o una autopuesta en peligro, habrá que negar la existencia de imputación objetiva–.

Por el contrario, y según la tesis que aquí se defiende (v. *supra A 1*), sólo la participación en una autopuesta en peligro válidamente consentida excluye la imputación objetiva del tercero, sobre la base de una argumentación *a maiore ad minus* derivada de la impunidad de la participación imprudente en un suicidio o en una autolesión dolosos, argumento que no es trasladable a la heteropuesta en peligro consentida que ha de considerarse, en consecuencia, punible.

bb) Por consiguiente, la solución al supuesto de transmisión del VIH por vía sexual –en el caso de *consentimiento eficaz* en la situación de riesgo, que concurrirá siempre que la persona sana *conozca* la enfermedad del otro y asuma esa situación libremente, sin haber sido

(145) Indicaciones *supra* n. 102.

(146) De otra opinión, en cambio, la jurisprudencia alemana (referencias en PUPPE, *AT I*, 2002, § 6, n. 219); y así la AP Kempten habla de «participación *impune* en una autopuesta en peligro y participación o autoría *punibles* en una heteropuesta en peligro» (negrillas añadidas). Para ulteriores referencias, v. *supra* n. 103.

(147) PUPPE –en referencia expresa a la transmisión sexual del VIH–, *AT I*, 2002, § 6, n. m. 3, con ulteriores indicaciones bibliográficas en n. 220.

objeto de violencia, intimidación o engaño, como sucede cuando el infectado con el VIH *oculta* su enfermedad— depende de si consideramos que en estos casos estamos ante una heteropuesta en peligro por parte de la pareja seropositiva o ante una autopuesta en peligro de la persona sana que resulta infectada.

Tal como se ha expuesto *supra* A 1, y más extensamente en otro lugar (148), en la heteropuesta en peligro consentida es el tercero el que *como autor material mata o lesiona a otro* (a una víctima que es consciente del riesgo al que aquél le está sometiendo), mientras que en la autopuesta en peligro es la misma víctima *la autora material de su propia muerte o de su propia lesión*.

Como ejemplos de heteropuesta en peligro consentida ya he mencionado (149) aquellos casos en los que, a consecuencia del comportamiento imprudente del conductor del vehículo, fallecen los acompañantes que habían consentido en la situación de riesgo que estaban corriendo (150), o aquel otro en el que el autor, para probar su puntería, y desafiado por la víctima, dispara contra ésta, y, en lugar de acertar, como era su intención, en la botella que sostenía el retador, marra el tiro, alcanzando el proyectil el hemitórax derecho de dicha víctima, que fallece a consecuencia del disparo (151).

Lo decisivo para subsumir estos supuestos en la heteropuesta en peligro es que en ellos el resultado muerte es reconducible al comportamiento de los terceros, quienes, *como autores materiales, matan a la víctima al conducir el vehículo imprudentemente o al disparar contra ésta*.

En cambio, estaremos ante una autopuesta en peligro si un tercero vende heroína al drogadicto, quien, debido al alto grado de pureza de la droga, resulta lesionado o fallece posteriormente al *autoinyectársela* (152), o si, a instancias de otro conductor, un motorista acepta competir con él en una carrera que se desarrolla dentro del casco urbano de Barcelona, falleciendo el retado al *autoestrellarse* con su vehículo contra un obstáculo (153).

(148) Cfr. GIMBERNAT, 2004, pp. 432 ss., 443 y 447 ss.

(149) Cfr. *supra* A 1 y GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 450 y 451

(150) Así, los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 23 de diciembre de 1963, A. 5168, y 26 de enero de 1981, A. 2465.

(151) Así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 17 de julio de 1990, A. 6728.

(152) Así, los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 29 de mayo de 1991, A. 3983, y de 20 de febrero de 1993, A. 1383.

(153) Así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 25 de septiembre de 1986, A. 4837.

En todos estos supuestos se trata de una autopuesta en peligro, porque las víctimas son los autores materiales de sus propias muertes o lesiones, ya que estos resultados típicos deben reconducirse a los comportamientos de aquéllas de autoinyectarse la droga o de autoestrellarse contra el obstáculo.

La doctrina dominante, tanto en la jurisprudencia alemana (154) como en la ciencia española y alemana (155), estima que la transmisión sexual del VIH es un caso de autopuesta en peligro, defendiéndose sólo minoritariamente la tesis de que se trataría de una heteropuesta en peligro consentida (156).

La fundamentación mayoritaria de por qué en este supuesto se trataría de una autopuesta en peligro opera con la teoría del dominio del hecho, afirmándose que los dos sujetos de la relación sexual –también, por consiguiente, la víctima que resulta infectada– son *autores*, ya que «en la relación sexual realizada de mutuo acuerdo las dos personas dominaban conjuntamente el acontecimiento. Cada una de ellas tuvo en cualquier momento la posibilidad de intervenir dirigidamente en el desarrollo del acontecimiento; pudieron en cualquier momento interrumpir el contacto sexual, o disminuir sensiblemente su peligrosidad, empleando, por ejemplo, preservativos» (157).

En mi opinión, y prescindiendo de la doctrina del dominio del hecho, a la que siempre me he opuesto como criterio para establecer el contenido de la autoría (158), lo decisivo para determinar si en la transmisión del sida por vía sexual estamos o no ante una autopuesta en peligro es si se puede considerar al infectado *autor material* de sus propias lesiones o, en su caso, de su propia muerte, es decir, si su conducta es directamente subsumible en los verbos automatarse o autoleccionarse.

Los verbos conductuales a los que habría que reconducir el resultado típico de lesiones o de muerte serían –si es que queremos prescindir de expresiones obscenas, aunque serían más plásticas– los de «acostarse con», «fornicar» o «copular», entendidos en un sentido

---

(154) Cfr. *supra* 2.b).

(155) Indicaciones *supra* 3.c).

(156) Así, por ejemplo, HELGERTH, FRISCH, SCHÜNEMANN y ROXIN: indicaciones *supra* 3 c).

(157) Así la sentencia del TSJ Baviera de 15 de septiembre de 1989, reproducida en *NJW* 1990, pp. 131-132. Una fundamentación parecida en la doctrina en, por ejemplo, OTTO (*supra* nota 119), HELLMANN (*supra* nota 128) y KÜHL (*supra* nota 131).

(158) Cfr. ya GIMBERNAT, 1966, pp. 135 ss., 141 ss., y, más recientemente, *RDPC* 13 (2004), pp. 436 ss.

amplio en el que habría que incluir tanto la relación heterosexual genital-genital, como las relaciones hetero u homosexuales genital-anal, la felación o el cunnilingus (159). Independientemente de cuál de esos verbos elijamos, es evidente que el, por así decirlo, «*autor material*» de esas conductas no es una sola persona, ya que, por definición, es imposible «*acostarse con*», «*fornicar*» o «*copular*» –*cada uno* de los intervinientes en el acto sexual siempre «*fornica*», «*copula*» o «*se acuesta*» con el otro– sin el concurso de dos personas –en nuestro caso, de la ya infectada y de la hasta entonces sana–, por lo que quien resulta contagiado *también «fornica» o «copula»*. De donde se sigue que, al *acostarse con*, al *fornicar* o al *copular*, la víctima ha ejecutado la conducta a la que hay que *reconducir* el resultado lesivo del «*contagio*», es decir, que se ha *autocausado* su propia lesión. De ahí que en estos casos estemos ante una *autopuesta en peligro* con resultado de muerte o lesiones, y que, en consecuencia, y si la víctima se ha colocado en la situación de peligro con un consentimiento jurídicamente eficaz, quede excluida la imputación objetiva del resultado al tercero (160).

c) *El problema de si la transmisión del VIH ha de imputarse a título de dolo o de imprudencia*

En los casos tratados por la jurisprudencia española [v. *supra* 2 a)], que se ha ocupado, en todos ellos, de supuestos en los que el portador del virus del sida ocultó a su pareja la enfermedad, los tribunales, en la sentencia de la AP Tenerife de 20 de enero de 1996, y en la de 2 de enero de 2004 de la AP Madrid, imputaron la transmisión del VIH, como delito de lesiones, a título de dolo eventual. Y en otro caso, en el que la víctima falleció a consecuencia de la enfermedad transmitida, el Juzgado de lo Penal núm. 17 de Barcelona estimó que el autor debía ser hecho responsable de unas lesiones dolosas en concurso con un homicidio imprudente.

Los tribunales alemanes también consideran que en estos casos estamos ante delitos dolosoeventuales. Por ello, la sentencia del BGH 36, 1 ss. [*citada supra* 2 b)], en un supuesto en el que no quedó acreditado que el ya contagiado hubiera transmitido la enfermedad,

---

(159) En esta variante sexual el contagio se puede originar por el contacto con los flujos vaginal o menstrual.

(160) Con ello me aparto de la tesis que he defendido recientemente en mi artículo «*La imputación objetiva*» (en prensa, en *Cuadernos de Derecho Judicial*) en el que incluía la transmisión sexual del VIH dentro de la heteropuesta en peligro consentida.

estimó que el solo hecho de que una persona mantuviera relaciones sexuales con conciencia de la enfermedad que padecía constituía un delito de lesiones dolosoeventuales en grado de tentativa.

Como la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente no es objeto de estudio en el presente artículo, aquí, y remitiéndome a otros trabajos míos ya publicados (161), me voy a limitar a reiterar que, en mi opinión, y de acuerdo con la teoría de la probabilidad, estamos en presencia de dolo eventual cuando el autor, con su conducta, somete al bien jurídico protegido a una alta probabilidad de lesión, siendo consciente de que objetivamente existe esa alta probabilidad. A partir de la sentencia del caso de la colza (162) esta teoría de la probabilidad es también la que ha ido adoptando paulatinamente el Tribunal Supremo español (163).

En la doctrina Schünemann (164) y Puppe (165) defienden que la transmisión del VIH debe imputarse a título de imprudencia. Y con

---

(161) «Acerca del dolo eventual» y «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», ambos citados en la bibliografía del presente artículo.

(162) TS 23 de abril de 1992, A. 6783: «La jurisprudencia no ha dudado en admitir el dolo (por lo menos en forma eventual) cuando el autor ha obrado conociendo el peligro concreto que se deriva de su acción y dicho peligro supera claramente el riesgo permitido... En la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que, a pesar de declaraciones programáticas que parecen acentuar las exigencias de la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a la teoría de la probabilidad».

(163) V., por ejemplo, TS 23 de enero de 2002, A. 2633: «A este propósito hay que recordar que existe dolo cuando se obra con conocimiento de que, al ejecutar un acto, se crea para ciertos bienes un peligro concreto jurídicamente desaprobado. Es decir, se genera, con plena conciencia, un riesgo preciso, mediante la realización de una conducta de *claro y altísimo potencial lesivo*, que se conoce como tal y se sabe no es en absoluto controlable en sus consecuencias. [...] sólo cabe concluir que la eventualidad del resultado muerte tuvo que representársele a aquél *como altamente probable*» (negritas añadidas). V. también la sentencia del TS de 17 de marzo de 2005, A. 4308: «[...] obra con dolo [eventual] quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un *elevado índice de probabilidad* de que se produzca» (negritas añadidas).

(164) Cfr. GA, 1999, p. 222.

(165) Esta autora, comentando la jurisprudencia alemana que, como hemos visto, considera que en estos supuestos estamos ante un delito doloso, escribe lo siguiente (AT I, 2002, § 6, n. m. 2): «Para una aprehensión sistemática correcta del problema se opone, en primer lugar, que aquí se examina una lesión dolosa (en grado de tentativa), porque, por la ausencia de prueba sobre el origen de una infección de

razón, porque, ante una posibilidad tan reducida de contagio (166), no puede hablarse, tal como exige la teoría de la probabilidad para afirmar la presencia de dolo eventual, de que la persona seropositiva, al practicar el acto sexual, esté sometiendo a su pareja a un alto riesgo de ser contagiada con el VIH, y, a consecuencia de ello, de sufrir lesiones o, incluso, de perder la vida.

La sentencia de la AP Madrid de 2 de enero de 2004, a la que ya me he referido *supra* 2 a), fundamenta la existencia de dolo eventual en el contagio del virus del sida de la siguiente manera: «Los hechos que se declaran probados han sido calificados por el Ministerio Fiscal como delito doloso de lesiones del artículo 147 del Código Penal y por la acusación particular conforme al artículo 149 de igual ley. Ambas acusaciones han descartado la imputación de las lesiones a título de imprudencia. En efecto, la conducta de la penada es propia de la actuación dolosa, bajo la variante propia del dolo eventual, pues conocía perfectamente la probabilidad de contagio por haber sido informada, y casi con absoluta y total certeza, por haber sido ella misma contagiada por vía sexual. Por otra parte, la posibilidad de contagio es baja en caso de un solo encuentro sexual pero, tal como informaron los médicos, esa probabilidad crece con el número de contactos sexuales, conclusión que no precisa de especiales conocimientos científicos, pues es propia del sentido común. La relación sin tomar especiales medidas precautorias se prolongó durante más de un año, esto es, fueron decenas las veces en que se mantuvieron relaciones sexuales, sin informar la procesada a su compañero o sin imponerle, cuando menos, aunque pueda resultar insuficiente en caso de práctica del sexo oral, el uso de preservativo. Esta persistencia en la acción, por un lado, y en el silencio, por otro, unida a la conciencia de la probabilidad de contagio progresivamente más alta, da lugar a la aparición del dolo eventual».

Contra esta argumentación de la AP Madrid hay que decir que la infección con el VIH no es reconducible a la *multitud* de actos sexuales practicados por la mujer seropositiva, sino, obviamente, sólo a *uno* de ellos que fue el que fisiconaturalmente condicionó la infección, y

---

sida, es prácticamente inviable la punibilidad por una lesión o una muerte imprudentes. Pero resulta difícil construir un dolo de lesión del autor con un riesgo de infección de menos del 1 por 100, y teniendo en cuenta la actitud interna del autor ante la víctima, que es, según la jurisprudencia, lo determinante». Cfr., también, HELGERTH, *NSfZ*, 1988, p. 262: «Cuál es el grado de probabilidad de una infección [en el acto sexual practicado por una persona seropositiva] es una cuestión en gran medida no esclarecida en los círculos de especialistas. En parte se admite una relación de 1:100 o de 1:400», con indicaciones bibliográficas en n. 5.

(166) V. los datos recogidos en la nota anterior.

que ese *único acto* lesivo encerraba no más de un 1 por 100 de posibilidades de que el compañero resultara contagiado, y que, con ese mínimo grado de posibilidad, no es viable construir un dolo eventual. Para expresarlo con otro ejemplo: Si una persona, en la ruta que recorre todos los días para ir en automóvil desde su casa al trabajo, se salta *siempre y sistemáticamente* un determinado mandato de «ceda el paso», a medida que vayan sucediéndose los meses y los años irá aumentando la probabilidad de provocar un accidente. Pero si un día se produce un accidente, y como consecuencia de él sufre lesiones un tercero, no por ello éstas van a convertirse de imprudentes en dolosas: porque lo que ha condicionado ese accidente concreto no ha sido la multitud de infracciones previas cometidas a lo largo de los años, sino *sólo una de ellas*, que no encerraba (considerada aisladamente) una alta probabilidad, sino una pequeña posibilidad de que se occasionara un resultado lesivo.

La conclusión de que la *transmisión efectiva* del VIH por vía sexual constituye un delito de lesiones (o, en su caso, de homicidio) imprudentes trae consigo la ulterior conclusión de que, como la imprudencia es conceptualmente incompatible con la tentativa, y mientras el legislador no introduzca un delito de peligro que penalice esa conducta sin resultado lesivo, la relación sexual de un portador del virus del sida con una persona sana, y *sin transmisión de la enfermedad*, es una conducta *impune*.

## E) EL CASO DE LA VIRUELA

### 1. Exposición del supuesto de hecho

El BGH, en una sentencia de 10 de julio de 1962 (BGH 17, 359/360), y que se ha hecho famosa como el «caso de la viruela», dando origen a una intensa discusión doctrinal, tuvo que ocuparse de un supuesto de hecho en el que un médico, que, enfermo de viruela, regresó a Alemania de un viaje de estudios a la India y a Ceilán, «a pesar de que no tenía claro cuál era la índole de su enfermedad, se reincorporó a su servicio en una clínica universitaria, sin examinar su todavía afectado estado de salud». El médico contagió su enfermedad a algunos médicos, a otros miembros del personal de la clínica y a diversos pacientes que se encontraban en el establecimiento hospitalario, falleciendo a consecuencia de ese contagio una médico y un paciente, y resultando con daños en su salud 15 personas más, siendo condenado por el tribunal de instancia por dos homicidios imprudentes y por 15 delitos de lesiones, también imprudentes. En rela-

ción con *uno* de esos delitos de lesiones el Ministerio Fiscal interpuso recurso ante el BGH por estimar que al médico no se le podía imputar el contagio de la viruela a uno de los afectados, al capellán de la clínica, ya que éste «se había presentado voluntariamente en la cuarentena para asistir a los afectados».

EL BGH, sin embargo, mantiene la sentencia de instancia también en referencia a la transmisión de la enfermedad al capellán, dejando abierta la cuestión de si éste consintió «libremente» su asunción del peligro, ya que lo determinante es que «el capellán siguió un mandato de la conciencia que debería ser equiparado al mandato jurídico que obedecieron los médicos y el personal sanitario [que también resultaron contagiados]».

## 2. La corriente doctrinal que mantiene que el «primer causante» no debe responder por el contagio padecido por el capellán

Según Roxin, el médico debería haber sido absuelto de las lesiones en su salud sufridas por el capellán que se contagió de la enfermedad por asistir espiritualmente a los enfermos que se encontraban en la cuarentena, ya que, fundamentando Roxin su posición con un argumento análogo al que le sirve para propugnar la no responsabilidad del incendiario por los daños que se puedan autoausar los salvadores, «el noble motivo de esa autopuesta en peligro [del capellán] no varía esto en nada; por el contrario, solamente podría suponer una carga para la conciencia del capellán, si tuviera que temer que, con su sacrificio, incurría A [el médico que regresó enfermo de viruela de su viaje de estudios] en una pena» (167).

Fiedler, aunque con una distinta fundamentación, argumenta la absolución del médico por la enfermedad contraída por el capellán acudiendo al principio de autorresponsabilidad: «Pero no puede ser el fin del Derecho penal proteger absolutamente los bienes jurídicos, incluso contra la voluntad de sus titulares y despreciando su derecho al propio desarrollo: tiene que estar permitido a cada ciudadano correr determinados riesgos a su propia responsabilidad o moverse en ámbitos de comportamiento peligrosos» (168), siendo, por consiguiente, «incompatible con la función del bien jurídico en Derecho penal la

(167) *AT I*, 2006, § 11, n. m. 109. En el mismo sentido ya ROXIN, Honig-FS, 1970, p. 143, n. 26 («es indiferente que el capellán estuviera obligado o no a su actuación, ya que, en cualquier caso, la evitación de su contagio se encontraría fuera del ámbito de protección de la norma»), y Gallas-FS, 1973, p. 248, n. 23.

(168) 1990, p. 186.

protección de bienes jurídicos contra la voluntad del titular del bien jurídico» (169). Según Fiedler, a diferencia de lo que sucede con, por ejemplo, el caso de los bomberos que intervienen para apagar un incendio, «no se puede partir de que el médico acusado haya “forzado” al capellán a hacer las visitas hospitalarias. Si Gössel habla de un deber juridicocanónico de servicio y el BGH de un “mandato de la conciencia”, no se puede discutir seriamente que la asistencia religiosa no puede ser impuesta mediante una obligación jurídica. [...] hay que tener en cuenta que la asistencia religiosa no es necesaria para “garantizar la existencia externa de las personas y, con ello, el mantenimiento de la sociedad humana”, que es lo que el Derecho penal debe proteger de manera absoluta. De ahí se sigue que en el caso de la viruela al pastor le era exigible exponerse sin protección juridicopenal al peligro de contagio» (170).

En el mismo sentido de que habría que haber absuelto al médico por el contagio del capellán, aunque con argumentos no siempre coincidentes, se han manifestado, entre otros, Schünemann (171), Otto (172), Feijoo (173), Schroeder (174).

### 3. La corriente doctrinal que mantiene que el «primer causante» debe responder por el contagio padecido por el capellán

Según Rudolphi (175), el capellán no asume «voluntariamente» el peligro, sino que lo hace «coaccionado», porque «la obligación de acuerdo con el Derecho estatal debe equipararse al deber de servicio

(169) FIEDLER, *op. cit.*, p. 187.

(170) *Op. cit.*, p. 188. En el mismo sentido, y con la misma argumentación, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *StGB*, 2001, § 15, n. m. 168.

(171) JA, 1975, p. 721: «El capellán de la clínica ciertamente que no se quiere autolesionar ni, mucho menos aún, auto-matar, pero se expone conscientemente al peligro de infección que abarca plenamente ... En el caso del médico con viruela ... se trata de una autopuesta en peligro voluntaria que, al igual que la autolesión, no es subsumible en ningún tipo penal, y cuyo favorecimiento o posibilitación tiene que ser tan impune (o, con mayor motivo, impune) que en relación con el suicidio».

(172) Cfr. Maurach-FS, 1972, p. 100.

(173) V. RDPC, 2000, p. 323, n. 32: «Pero en este caso la “salvación de almas” no es un bien que se pueda tener en cuenta a efectos de ponderación de intereses en el marco de un Estado laico en el que las cuestiones religiosas pertenecen a la esfera privada. Por ello poner en peligro la salud o la vida para “salvar almas” es una autopuesta en peligro atípica. Para el ordenamiento no existe una situación de necesidad ni una puesta en peligro de bienes jurídicos».

(174) V. LK, 2003, § 16, n. m. 182.

(175) JuS 1969, p. 557.

juridicocanónico ... de asistir a los enfermos» (176), opinando igualmente Maurach/Gössel que la puesta en peligro del capellán no puede considerarse «voluntaria» (177). En el mismo sentido de considerar que el médico primariamente infectado en Asia debe responder penalmente de la enfermedad contraída por el capellán se han pronunciado también, entre otros, Jescheck/Weigend (178) y Baumann/Weber (179).

Por su parte, Frisch se muestra desconcertado ante este caso, del que lo único que sabe decir es que su solución es «dudosa» (180).

#### 4. Toma de posición

*a)* La tesis que mantiene el BGH, para fundamentar la imputación del resultado al médico, de que el capellán ha actuado «coacciado» y de que, por consiguiente, su *consentimiento* en la situación de riesgo *no sería jurídicamente eficaz*, ya que el pastor «siguió un mandato de la conciencia que debería ser equiparado al mandato jurídico», y que, en la doctrina, es seguida por, entre otros, Rudolphi y Maurach/Gössel (181), y que llevaría a la conclusión de que –aun en la hipótesis de que en este caso se tratara de una autopuesta en peligro– el primero debería responder por las lesiones sufridas por el segundo, no puede convencer: si ni siquiera la *obligación jurídica* que cumplen los bomberos cuando despliegan sus acciones de salvamento convierte a éstas en «involuntarias» (182), con mayor motivo no puede considerarse «ineficaz» la asunción del riesgo por parte de quien sólo sigue un «mandato de la conciencia».

*b)* Por otra parte, *y por lo que se refiere al enfermo primario* (al médico que regresó a Alemania del Oriente asiático padeciendo la viruela), hay que rechazar la tesis unánime jurisprudencial y doctrinal de que este supuesto debe encuadrarse dentro de los criterios de imputación objetiva: heteropuesta *en peligro consentida-participación en una autopuesta en peligro*. Ciertamente que ese *enfermo primario* debe responder –y sobre ello no se plantea ninguna duda–, a título de imprudencia, por las muertes y las lesiones de las personas que resul-

(176) Equivocadamente, ROXIN, *AT I*, 2006, § 11, n. m. 109, n. 236, incluye a RUDOLPHI entre los autores partidarios de negar la responsabilidad del médico por el contagio sufrido por el capellán.

(177) *AT 2*, 1989, § 43, n. m. 73.

(178) Cfr., *AT*, 1996, p. 288.

(179) V. *AT*, 2003, § 14, nn. mm. 73/74.

(180) Cfr. 1988, pp. 493/494.

(181) Indicaciones supra 3.

(182) Cfr. supra B 4 a).

taron infectadas en primera instancia, ya que aquél, al volver de su viaje, en lugar de comportarse de acuerdo con la diligencia debida, sometiéndose a un examen clínico, que habría originado su aislamiento como enfermo infecto-contagioso, decidió reanudar su trabajo en el hospital. En cambio, y por lo que se refiere al contagio del capellán –que es precisamente el único que se está examinando desde la perspectiva de la imputación objetiva–, dicho contagio no se ha originado por el contacto con el médico (enfermo primario), sino por el contacto con otra persona infectada a su vez por el médico (enfermo secundario), que fue la que, *imprudentemente*, y a pesar de saber que padecía la viruela, solicitó los servicios espirituales del sacerdote, conociendo el peligro –como lo conocía el sacerdote, quien, no obstante, consintió en ese riesgo– que con ello le hacía correr de transmitirle la enfermedad.

Con ello, y aunque sólo fuera por este motivo, la *responsabilidad del médico* por la infección del capellán *debe quedar excluida*, ya que entre el comportamiento imprudente de éste, al reanudar su servicio en el hospital, y el contagio del capellán se ha *interpuesto una ulterior acción también imprudente*: justamente la del enfermo secundario, siendo éste, y no el primario, quien transmite directamente la enfermedad a la víctima.

De ahí que, como ya he indicado, la presencia o ausencia de imputación objetiva del resultado lesivo al enfermo primario no pueda discutirse dentro del marco heteropuesta-autopuesta en peligro –dentro de ese marco sólo puede examinarse la eventual responsabilidad del enfermo secundario–, sino que aquí entra en juego un criterio distinto, a saber: el de hasta qué punto puede imputarse a un autor imprudente (en este caso: al enfermo primario) un determinado resultado lesivo cuando entre éste y la acción de aquél se ha intercalado una ulterior conducta imprudente (a saber: la del enfermo secundario), quien, conociendo que padecía una dolencia contagiosa, no obstante reclamó la presencia de una persona para que le asistiera espiritualmente.

Como excede del propósito de este artículo examinar otros posibles criterios de imputación objetiva, en este lugar tengo que limitarme a establecer la conclusión –sin poder analizar los argumentos en los que la fundamento– de que esa intercalación imprudente de la conducta del enfermo secundario excluye la imputación del resultado al primario, quien, como es de sentido común, no puede ser hecho responsable de los posibles comportamientos imprudentes de las personas a las que ha contagiado, porque, en otro caso, entraríamos en una cadena de responsabilidades que permitiría atribuirle no sólo el resultado lesivo sufrido por el capellán, sino también el de

aquellas personas nuevas a las que, eventual e imprudentemente, el sacerdote pudiera contagiar, y el de otras ulteriores a las que transmitieran la enfermedad, imprudentemente también, las a su vez contagiadas por el pastor, y así sucesivamente en una progresión geométrica *ad infinitum*.

c) Excluida ya la imputación objetiva al médico de la enfermedad del capellán, ya que entre la acción de aquél y el contagio de éste se ha interpuesto la conducta imprudente del enfermo secundario, la cuestión que hay que abordar ahora es la de si ese enfermo secundario debe ser hecho responsable de la viruela contraída por el sacerdote.

Sobre ello hay que decir que, independientemente de si en este caso se trata de una autopuesta o de una heteropuesta en peligro, el enfermo secundario tampoco puede responder por el contagio del capellán, no sólo por una cuestión de imputación objetiva —que también, ya que este supuesto, como veremos en el apartado siguiente, es uno de autopuesta en peligro—, sino porque su comportamiento abiertamente imprudente —infringiendo el deber de diligencia ha requerido la presencia del pastor, por lo que era previsible que éste resultara infectado— está cubierto por una causa de justificación.

Y es que, en efecto, en el caso de la viruela, y por lo que se refiere al enfermo secundario, entra en juego el factor de la libertad religiosa, y, con ello, el de la obligación de los Estados democráticos de permitir —si no, no habría libertad religiosa— la práctica de los actos de culto y de los ritos y ceremonias de las religiones reconocidas por el Estado.

En las religiones cristianas pertenecen al *núcleo duro* de su fe el consuelo espiritual de los enfermos —una de las «obras de misericordia» es la de «visitar a los enfermos»— y la administración de los sacramentos (como lo son la confesión y la comunión), independientemente de si quien los recibe está sano o no, y, en relación a los enfermos graves, la de un sacramento específico llamado extremaunción. De ahí que si el Estado prohibiera, por el peligro de infección, la asistencia religiosa y la administración de sacramentos a los enfermos contagiosos, dejando a éstos abandonados a su suerte sin ninguna clase de auxilio espiritual, bajo amenaza de imponerles una pena por los daños personales que pudieran causar a los pastores que les asistían, ello supondría una vulneración frontal del derecho a la libertad religiosa, por lo que hay que llegar a la conclusión de que, en esas circunstancias, el peligro al que el enfermo secundario somete al sacerdote con el consentimiento de éste, y que finalmente se materializa en el contagio de la viruela, debe considerarse justificado, puesto

que el enfermo está ejerciendo legítimamente su derecho a la libertad religiosa (art. 20.7.º CP en relación con el art. 16.1 CE) (183).

d) Con lo expuesto hasta ahora en esta «Toma de posición», en el sentido de que el médico (enfermo primario) no responde del resultado lesivo infligido al capellán, porque entre su conducta y el contagio de este último se ha interpuesto el comportamiento imprudente de un tercero (del enfermo secundario) que excluye la imputación objetiva, y de que el enfermo secundario, a pesar de haber actuado imprudentemente, tampoco responde por la transmisión de la viruela, ya que, al requerir la asistencia espiritual, su comportamiento imprudente está justificado por la causa de exclusión de la antijuridicidad del ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa, me aparto del marco: heteropuesta-autopuesta en peligro, dentro del cual ha sido tratado hasta ahora el «caso de la viruela».

Pero no quiero eludir el problema, porque, si el enfermo secundario hubiera requerido, no la presencia de un capellán, sino la de un familiar o la de un amigo o la de un cliente con quien quería tratar algún negocio, y éstos hubieran accedido a esa petición, visitando al doliente, a pesar de conocer la enfermedad que padecía, y contrayendo, a consecuencia de ello, la viruela, al estar ausente en todos esos casos una causa de justificación, la eventual responsabilidad de dicho enfermo por ese resultado lesivo tendría que resolverse, efectivamente, en función de si se estima que en este caso estamos ante una heteropuesta en peligro (entonces, responsabilidad del enfermo secundario) o, por el contrario, ante una participación imprudente en una autopuesta en peligro (entonces, no-responsabilidad de aquél por ausencia de imputación objetiva).

Antes de abordar la solución del caso tal como lo acabo de plantear, permítaseme que reitere tesis que ya nos son sobradamente conocidas (184): La participación imprudente en una autopuesta consentida con resultado de muerte o de lesiones no es punible, al no concurrir el requisito típico-objetivo de la imputación objetiva, porque, como tampoco lo es la participación imprudente en un suicidio o en unas autolesiones dolosas, con mayor motivo no puede serlo la participación imprudente en un suicidio «imprudente» o en unas autolesiones imprudentes; en cambio, como la heteropuesta en peligro dolosa, es decir, y en nuestro caso: la causación dolosa por parte del autor material de una

---

(183) Las causas de justificación excluyen la antijuridicidad no sólo en los delitos dolosos, sino también en los imprudentes: cfr., por todos, HOYER, SK, 2005, apéndice al § 16, nn. mm. 89 ss.; ROXIN, *AT I*, 2006, § 24, nn. mm. 99 ss., ambos con ulteriores referencias jurisprudenciales y doctrinales.

(184) Cfr. sobre todo ello, otra vez, supra A 1.

muerte o de una lesión se castiga como un homicidio o unas lesiones dolosos, independientemente de si el sujeto pasivo ha asumido (caso de la esposa enamorada) o no el riesgo que está corriendo, de ahí que el tercero igualmente autor material imprudente de la causación de una muerte o de un menoscabo de la integridad física responda por un homicidio o unas lesiones imprudentes, tanto si la víctima ha asumido, como si no lo ha hecho, el riesgo que corría su vida o su salud.

En mi opinión, en este caso, tal como lo acabo de construir, en el sentido de que el comportamiento imprudente del enfermo secundario no está cubierto por una causa de justificación –porque quien le visita a instancias suyas no es un capellán, sino un familiar o un amigo o un cliente– estamos ante una participación imprudente en una autopuesta en peligro (185). Ello es así porque, si un tercero-partícipe, imprudentemente, llena una determinada habitación de gas letal, y la víctima, para acabar con su vida o para sufrir lesiones tóxicas, *penetra* en dicha habitación, la conducta de aquél sería constitutiva de una participación imprudente (*impune*) en un suicidio o en unas autolesiones dolosas, ya que es el propio automuerto o autolesionado el que, con su acción, y aprovechándose de las circunstancias negligentemente colocadas por el partícipe imprudente (conversión de la habitación en un recinto tóxico), se ha autocausado, como *autor material*, su propia muerte o el propio menoscabo de su integridad física, al introducirse en el espacio envenenado. Este caso es estructuralmente idéntico al que se da en la nueva variante que acabamos de configurar del «caso de la viruela», pues son el familiar o el amigo o el cliente quienes *se introducen* en la habitación donde se encuentra aislado el enfermo secundario, es decir: allí donde se encuentra el foco del virus, autoprovocándose así el contagio de la viruela y, como consecuencia de ello, el menoscabo de su salud o, eventualmente, su propia muerte. Naturalmente que todo ello rige únicamente para el supuesto de que el tercero contagiado por el enfermo secundario conociera la enfermedad de éste, porque, si ignoraba que la persona a la que visitaba padecía la viruela, entonces, y teniendo en cuenta el *conocimiento superior* que poseía el doliente de la dimensión del peligro, el *consentimiento* de

---

(185) En el «caso del capellán», tal como aconteció realmente en el supuesto de hecho que tuvo que resolver la jurisprudencia alemana, la doctrina dominante estima que se trata de uno de autopuesta en peligro: cfr. sólo SCHÜNEMANN, JA, 1975 («autopuesta en peligro voluntaria»); FEJOO, RDPC, 2000, p. 323 n. 32 («autopuesta en peligro atípica»); SCHROEDER, LK, 2003, § 16, n. m. 182 («Se trata de una autopuesta en peligro impune»); CASTALDO, 2004, pp. 233/234; ROXIN, AT I, 2006 § 11, n. m. 109 («autopuesta en peligro»).

ese tercero sería *jurídicamente ineficaz*, lo que condicionaría la responsabilidad del previamente enfermo por la dolencia transmitida.

## F) CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto supra A 1, y con más detenimiento en mi artículo publicado en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón* (186), la participación imprudente en una autopuesta en peligro es impune, mientras que es punible la heteropuesta en peligro consentida.

Prescindiendo de los supuestos de participación imprudente en una autopuesta en peligro, en la que el partícipe añade a esta cualidad la de ser garante –como sucede, por ejemplo, en los casos de accidentes de trabajo, respecto de los encargados de la seguridad laboral–, y donde debe responder por los daños que se autocause la víctima, no porque aquél sea partícipe, sino porque, además, es garante (187), en los casos en los que la víctima, sin actuar imprudentemente, pierde la vida o sufre lesiones a consecuencia de su propia actividad, cuando trata de evitar la amenaza de menoscabos de bienes jurídicos desencadenada por la acción dolosa o imprudente de un tercero, tal como sucede en los incendios provocados antijurídicamente, el incendiario responde por los daños personales que se autocause el salvador, siempre que la actividad de este último *no haya sido imprudente*; en cambio, si el comportamiento del salvador autodañado es también imprudente, estamos ante un caso paradigmático de participación imprudente en una autopuesta en peligro imprudente, quedando excluida, en consecuencia, la imputación objetiva a quien desencadenó el siniestro de esos autodaños personales.

Si la participación *no es imprudente*, porque el partícipe provocó legítimamente la situación de peligro –por ejemplo, emprendiendo una escalada alpina arriesgada–, y quien pretende rescatarle se autocausa daños personales, a aquél no se le pueden imputar objetivamente éstos, dado que no es posible vincular responsabilidad penal alguna a un comportamiento *ab initio* conforme a Derecho.

En los supuestos de transmisión del VIH por vía sexual, la persona hasta entonces sana que contrae la enfermedad de la ya contagiada, se está autocausando su enfermedad o, en su caso, su propia muerte,

---

(186) Cfr. supra nota 1.

(187) Para una fundamentación de esta tesis cfr. GIMBERNAT, 2004, pp. 454 ss.

reconducible a su conducta de fornicar, de copular o de acostarse con otro, por lo que, al tratarse de una autopuesta en peligro con resultado de lesiones o muerte, queda excluida la imputación objetiva de esos menoscabos de bienes jurídicos a su pareja sexual seropositiva, siempre y cuando ésta no le haya ocultado su dolencia a la víctima. En cambio, si se la ha ocultado, al portador del VIH habrá que imputarle objetivamente los resultados lesivos, ya que, al poseer un conocimiento superior al de la víctima de la dimensión del peligro que corría ésta, esa autopuesta en peligro no puede considerarse eficazmente consentida.

En el llamado «caso de la viruela», y por lo que se refiere al médico que introdujo la enfermedad desde Asia, quien transmite la enfermedad no es éste, sino otra persona que, a su vez, fue contagiada por el médico; se trata, por consiguiente, de una actividad imprudente –la del enfermo que, vulnerando las reglas que rigen la cuarentena, solicita el auxilio espiritual de un pastor– que se intercala entre la primera conducta imprudente –la del médico que introdujo la enfermedad en Alemania, ocultando su dolencia e impidiendo, así, que hubiera podido ser aislado como enfermo infecto-contagioso– y el resultado final de la viruela contraída por el sacerdote, intercalación que excluye que esta dolencia pueda ser imputada objetivamente al enfermo primario. Sin embargo, el enfermo secundario tampoco puede ser hecho responsable del contagio del capellán, ya que la conducta imprudente de aquél está cubierta por la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa. Y tampoco se le podría imputar la transmisión de la viruela, aunque no concurriera esa causa de exclusión de la antijuridicidad, si, por ejemplo, la visita que hubiera solicitado fuera la de un familiar o de un amigo o de un cliente, ya que en tal caso –y siempre que el visitante conociera la dolencia contagiosa del enfermo– estaríamos ante una (impune) participación imprudente en una autopuesta en peligro eficazmente consentida.

## BIBLIOGRAFÍA

- BAJO Y OTROS, *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*, volumen I, Madrid, 2003. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Lehrbuch, 11 ed., Bielefeld, 2003. (Se cita BAUMANN/WEBER o BAUMANN/MITSCH, según los autores que han elaborado el correspondiente capítulo.)

- BERNSMANN/ZIESCHANG, *Zur strafrechtlichen Haftung des Verursachers einer Gefahrenlage für Schäden eines Retters* –BGHSt 39, 322, JuS 1995, pp. 775-779.
- BOTTKE, «Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung», *Die Rechtsprobleme von AIDS*, 1988, pp. 171-247.
- CANCIO, «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)», *RDPC*, 1998, pp. 49-99.
- CANCIO, *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2001.
- CASTALDO, *La imputación objetiva en el delito culposo de resultado*, Montevideo-Buenos Aires, 2004.
- CEREZO, «Curso de Derecho penal español, Parte General, II», *Teoría jurídica del delito*, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1998.
- CORCOY, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989.
- CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2002.
- DEGENER, «*Die Lehre vom Schutzzweck der Norm* und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik, tomo 6, Baden-Baden, 2001.
- DERKSEN, «Strafrechtliche Verantwortung für fremde Selbstgefährdung», *NJW*, 1995, pp. 240-241.
- DÖLLING, «Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers», *GA*, 1984, pp. 71-94.
- FEIJOO, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Zaragoza, 1999.
- FEIJOO, «Actuación de la víctima e imputación objetiva. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)», *RDPC*, 5 (2000), pp. 265-333.
- FIEDLER, *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung –unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, *Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft*, tomo 898, Frankfurt a. M.-Berna-Nueva York-París, 1990.
- FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnug des Erfolgs*, *Mannheimer rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, tomo 1, Heidelberg 1988. (Hay traducción española de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, con el título «Comportamiento típico e imputación del resultado», Madrid-Barcelona, 2004).
- «Selbstgefährdung im Strafrecht. Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten», *NStZ*, 1992, pp. 1-7, 62-67.
- *Tipo penal e imputación objetiva*, traducido por CANCIO, DE LA GÁNDARA, JAÉN y REYES, bajo la supervisión de VENTURA, Madrid, 1995.
- *Strafrechtssystem und Rechtsfindung. Zur Bedeutung systematischer Einsichten für die Beantwortung von Sachfragen –am Beispiel der «Zurechnung bei Rettungsfällen»*, Nishihara-FS, 1998, pp. 66-87.

- «Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs», *Roxin-FS*, 2001, pp. 213-237. (Existe una traducción de este artículo, realizada por ROBLES, y publicada en: FRISCH/ROBLES, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2006, pp. 1-60.)
- GARCÍA ÁLVAREZ, «La relevancia de la intervención de la “víctima” en conductas de riesgo que conducen a una lesión», *RDPC*, 3 (1999), pp. 401-420.
- *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, 1999.
- GEPPERT, *Rechfertigende «Einwilligung» des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr? (Ein Beitrag zur dogmatischen Struktur der Einwilligung)*, *ZStW* 83 (1971), pp. 947-1001.
- GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966. (Existe una reimpresión de esta obra publicada en editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2006.)
- «Acerca del dolo eventual (1969)», *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, pp. 240-265.
- «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal? (1970)», *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, pp. 140-161.
- «El sistema del Derecho penal en la actualidad (1971)», *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, pp. 162-181
- «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato) (1990)», *Ensayos penales*, 1999, pp. 403-427.
- «Prólogo» al libro de Rafael Alcácer *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Barcelona, 2003.
- «Recensión de: Cerezo, *Curso de Derecho penal*», Parte General, vol. III, *Teoría jurídica del delito/2*, Madrid, 2001, *RDPC* 13 (2004), pp. 433-443.
- «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 431-457.
- GÓMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del SIDA*, Valencia, 1998.
- HELGERTH, «Aids-Einwilligung in infektiösen Geschlechtsverkehr», *NSiZ*, 1988, pp. 261-264.
- HELLMANN, «Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung», *Roxin-FS*, 2001, pp. 271-285.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, «Imputación objetiva versus dominio del hecho», *Cerezo-LH*, 2002, pp. 735-762.
- HERZBERG, *SIDA: Desafío y piedra de toque del Derecho penal, Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, pp. 121-155.
- HÜBNER, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, Schriften zum Strafrecht*, tomo 150, Berlín, 2004.
- HUGGER, *HIV-Übertragung als mitherrschaftliche Beteiligung an fremder Selbstverletzung-BayObLG*, *NJW* 1990, 313, *JuS* 1990, pp. 972-977.

- JAKOBS, «La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento jurídico-penal de la comisión (1977)», *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, pp. 241-270. [Este trabajo es una versión del artículo de JAKOBS publicado en ZStW 89 (1977), pp. 1-35, en traducción de CANCIO, con algunas modificaciones introducidas por JAKOBS para la versión española.]
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Lehrbuch, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín-Nueva York 1991. (Hay traducción española de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1995).
  - La imputación objetiva en Derecho penal, traducción de CANCIO, con un estudio preliminar de SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO, Madrid, 1996.
  - La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte (1992), *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 385-412.
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.<sup>a</sup> ed., Berlín 1996. (La 3.<sup>a</sup> edición de esta obra ha sido traducida al castellano por MIR y MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1981; la 4.<sup>a</sup> edición, por MANZANARES, Granada, 1993; y la 5.<sup>a</sup> ed., por OLMEDO, Granada, 2002.)
- KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5.<sup>a</sup> ed., Munich, 2005.
- LK, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1992-2003. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- LUZÓN PEÑA, *Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español, Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, pp. 11-23.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, tomo 60, Madrid, 1992.
- MAURACH/GÖSSEL/[ZIPF], *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, Ein Lehrbuch, 7.<sup>a</sup> ed., Heidelberg 1989. (Hay traducción española de BOFILL, Buenos Aires, 1995.)
- MIR, «Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente, Comentario a la STS de 17 de julio de 1990», ADPCP, 1991, pp. 259-267.
- *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, pp. 389-408.
- MünchKommStGB, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 1, 2003. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- NK, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, 2005. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- OTTO, *Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht*, Maurach-FS, 1972, pp. 91-105.
- *Die aktuelle Entscheidung. Selbstgefährdung und Fremdverantwortung* –BGH NJW 1984, 1469–, Jura, 1984, pp. 536-541.
  - *Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung*, Tröndle-FS, 1989, pp. 157-175.

- *Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht*, Jura, 1992, pp. 90-99.
- *Kausalität und Zurechnung*, Wolff-FS, 1998, pp. 395-416.
- *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7.<sup>a</sup> ed., Berlín, 2004. PEÑARANDA (v. BAJO y otros).
- PORTILLA, *Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación por la víctima de la situación de riesgo*, CPC 45 (1991), pp. 695-738.
- PUPPE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, tomo I. Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, Baden-Baden, 2002.
- REYES, *Imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, 1994.
- ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, Honig-FS, 1970, pp. 133-150.
- *Zum Schutzeck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, Gallas-FS, 1973, pp. 241-259. (Hay traducción española de este artículo, por LUZÓN PEÑA, con el título «Sobre el fin de protección de la norma en los delitos culposos», en ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 181-199).
- *Comentario a una sentencia del BGH de 14 de febrero de 1984*, NStZ, 1984, pp. 410-412.
- *Comentario a una sentencia del BGH de 9 de noviembre de 1984*, NStZ, 1985, pp. 319-321.
- *Die Lehre von der objektiven Zurechnung*, Chengchi Law Review, 1994, pp. 219-257.
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil, tomo I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.<sup>a</sup> ed., Munich, 2006. (Hay traducción española de la 2.<sup>a</sup> ed., por LUZÓN PEÑA, DE VICENTE y DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Madrid, 1997).
- RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, JuS 1969, pp. 549-557.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26 ed., Munich 2001. (A partir de la 18 ed., 1975, este Comentario, fundado por SCHÖNKE, y continuado posteriormente, hasta su fallecimiento, por SCHRÖDER, se convierte en una obra colectiva, por lo que se cita, añadiendo a SCHÖNKE/SCHRÖDER, el autor concreto que ha elaborado el correspondiente comentario).
- SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, tomo 63, Tübingen, 1986.
- SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA, 1975, pp. 435-444, 511-516, 575-584, 647-656, 715-724, 787-798.
- *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?-Besprechung des Urteils BGH*, NStZ 1981, 350, NStZ 1982, pp. 60-63.

- *Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung-Eine Zwischenbilanz*, Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, pp. 373-509.
  - *Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA*, *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, pp. 25-99.
  - Über die objektive Zurechnung, GA 1999, pp. 207-229.
- SK, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.<sup>a</sup>/8.<sup>a</sup> ed., Neuwied-Krifel-Berlín, situación: octubre de 2005 (entrega 41). (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva.)
- SOWADA, *Zur strafrechtlichen Zurechenbarkeit von durch einen Primärtäter ausgelösten Rettungsfällen*, JZ, 1994, pp. 663-668.
- STREE, Beteiligung an fahrlässiger Selbstgefährdung –BGHSt 32, 266 und BGH, NStZ 1984, 452, JuS 1985, pp. 179-184.
- TORÍO, Significación dogmática de la «compensación de culpas» en Derecho penal, Fernández Albor-LH, Santiago de Compostela, 1989, pp. 709-723.
- WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und «Opfer» bei risikantem Zusammenwirken, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, tomo S 23, Freiburg i. Br., 1991.
- WEBER, *Objektive Grenzen der strafbefreienenden Einwilligung in Lebens- und Gesundheitsgefährdungen*, Baumann-FS, 1992, pp. 43-55.
- *Einwände gegen die Lehre von der Beteiligung an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung im Betäubungsmittelstrafrecht*, Spendel-FS, 1992, pp. 371-380.
- WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 35 ed., Heidelberg, 2006.
- ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberger Forum, tomo 84, Heidelberg, 1993.



# El desafío de la taxatividad \*

PABLO E. NAVARRO

CONICET, Argentina

LAURA MANRIQUE

UPF Barcelona, España

## I. INTRODUCCIÓN

La exigencia de taxatividad es una de las dimensiones centrales del principio de legalidad. De acuerdo a ella, la imputación de responsabilidad penal no sólo debe justificarse en leyes expresamente formuladas sino que estas normas tienen que indicar con precisión qué conductas están prohibidas y cuál es la pena correspondiente. Las dificultades para implementar esta dimensión del principio de legalidad comienzan con la limitada precisión del lenguaje. A causa de los márgenes de indeterminación de los conceptos del lenguaje ordinario, el legislador no puede lograr una absoluta precisión en la formulación de las leyes penales. En ocasiones, los análisis de esta indeterminación del lenguaje conducen a conclusiones escépticas acerca de las reglas y de la relevancia práctica de su formulación precisa. Sin embargo, en general la doctrina y la jurisprudencia señalan que la taxatividad es central para una adecuada reconstrucción del ideal de Estado de Derecho ya que se conecta de manera directa con las expectativas sustantivas de certeza jurídica e imparcialidad en la aplicación de la ley penal.

---

\* Diferentes versiones de este trabajo han sido discutidas en el INECIP (Córdoba), la Universidad Nacional del Sur, y el Instituto Brasílico de Estudios Tributarios (IBET). Estamos en deuda con Jorge Rodríguez, Andrés Bouzat, Luis Esandi, Alejandro Cántaro e Inés Álvarez por sus comentarios y sugerencias.

De manera tradicional se entiende que mediante leyes precisas se pretende asegurar que los individuos puedan prever las consecuencias normativas de sus conductas y que las mismas acciones sean castigadas de igual manera (1). A su vez, Roxin ha subrayado las consecuencias de las leyes imprecisas de la siguiente manera (2):

Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendo* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo-general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad.

En la literatura especializada contemporánea se pueden encontrar numerosas interpretaciones de la exigencia de taxatividad, pero es difícil trazar un mapa de ellas ya que los criterios que guían a las diferentes propuestas no son siempre explícitamente articulados. A los efectos de simplificar esta geografía conceptual clasificaremos a las diferentes propuestas únicamente a la luz del papel que se asigna al significado de las palabras empleadas por el legislador. En este trabajo distinguiremos entre estrategias internas y externas para la interpretación de la taxatividad. Para las estrategias internas, la verdad de un juicio de taxatividad se basa exclusivamente en un *hecho semántico*, es decir, depende de rasgos específicos del significado de una expresión. Por ejemplo, sostener que la exigencia de taxatividad requiere que el legislador redacte sus normas de la manera más precisa posible es una estrategia interna ya que el hecho de que la formulación del legislador sea la «más precisa posible» depende únicamente del significado de la expresión. Por el contrario, para las estrategias externas, el criterio para determinar si una formulación supera la exigencia de

---

(1) FERRERES, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, pp. 43 ss. (Madrid: Civitas, 2002). Por supuesto, existen diversas propuestas sistemáticas para la justificación de la taxatividad y la legalidad penal. Por ejemplo, para un fundamento basado en el principio de asunción de la pena, véase, NINO, Carlos, *Los límites de la responsabilidad penal*, pp. 349 ss. (Buenos Aires: Astrea, 1980), y NINO, Carlos, *La legítima defensa*, pp. 14-16 (Buenos Aires: Astrea, 1982). Para un análisis de los fundamentos de las dimensiones del principio de legalidad y una defensa de la naturaleza política de los diferentes aspectos de la legalidad, véase: MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, pp. 8-38 (Valencia: Universidad de Valencia, 1983).

(2) ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General I*, p. 169 (Madrid: Civitas, 1997). Una idea similar se encuentra en RAWLS, John, *A Theory of Justice*, edición revisada, p. 210 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999).

taxatividad es un *hecho externo* a la relación semántica entre una formulación y su significado. Por ejemplo, algunas veces se señala que al momento de evaluarse si una ley se adecua a las exigencias de taxatividad hay que analizar la gravedad de la sanción impuesta; es decir: a mayor pena, mayor exigencia de precisión. Este criterio es una estrategia externa ya que la mayor o menor gravedad de una pena es un hecho externo a la relación semántica entre la formulación de una norma y la precisión del significado.

Nuestra conclusión puede resumirse en la siguiente conjetura: las estrategias contemporáneas no ofrecen una reconstrucción aceptable de la exigencia de taxatividad. Las estrategias internas se basan en una comprensión deficiente de la naturaleza del lenguaje y las estrategias externas son incapaces de explicar la relevancia normativa de la exigencia de taxatividad. Para llegar a estas conclusiones reconstruiremos diferentes conceptos de precisión, analizaremos diversas interpretaciones de la exigencia de taxatividad, exploraremos las condiciones de verdad de los juicios de taxatividad y discutiremos los compromisos que se siguen del ideal de Estado de Derecho.

El alcance de nuestra investigación está limitado de tres maneras diferentes. En primer lugar, nos ocupamos de los problemas que surgen como consecuencia de la vaguedad del significado de las palabras usadas por el legislador y dejaremos de lado otras fuentes de indeterminación como, por ejemplo, el uso de conceptos valorativos en la formulación de las normas penales (3.) En segundo lugar, no tomaremos partido en la discusión acerca de la naturaleza epistémica o semántica de la vaguedad (4), ni explicaremos las relaciones entre vaguedad y otras formas de indeterminación (5). Finalmente, presupondremos sin mayor discusión una concepción convencionalista del lenguaje, es decir, asumiremos que el significado está determinado por usos y convenciones sociales (6).

---

(3) Para un ejemplo de la relevancia de imprecisiones que no surgen de la vaguedad de los conceptos, véase: FERRERES, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, op. cit., pp. 132-136.

(4) Al respecto, véase, ENDICOTT, Timothy, *Vagueness in Law*, pp. 99 ss. (Oxford: Oxford University Press, 2000).

(5) Véase, por ejemplo, WALDRON, Jeremy, «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues», en *California Law Review* 82 (1994), pp. 510-540.

(6) La importancia de este límite no debe ser subestimada ya que sólo podremos enfrentar exitosamente el desafío que representa la indeterminación del derecho una vez que hayamos comprendido acabadamente la naturaleza del significado de las expresiones. Al respecto, véase, BAKER, G. P. y HACKER, P. M. S., *Wittgenstein: Meaning and Understanding*, p. 226 (Oxford: Blackwell, 1992).

## II. LOS CONCEPTOS DE PRECISIÓN

La exigencia de taxatividad es tradicionalmente entendida como la obligación de formular normas precisas. Por ello, para comprender el contenido conceptual de esta exigencia, es necesario clarificar la noción de precisión. En el lenguaje ordinario la expresión «precisión de un concepto» tiene diferentes sentidos. Por ejemplo, algunas veces decimos que un concepto es preciso cuando se han establecido expresamente sus criterios de uso, y ellos ofrecen una guía explícita para controlar si su aplicación es correcta o incorrecta. Por otra parte, también señalamos que un concepto es preciso cuando su aplicación no produce casos marginales o de penumbra, *i.e.* casos en los que tenemos dificultades y desacuerdos para aplicar la expresión en cuestión (7). En el primer caso, la precisión se asocia a reglas semánticas expresamente formuladas (*i.e.* definiciones) que suministran un criterio para evaluar la correcta aplicación de una palabra, mientras que en el segundo caso, la precisión depende de la mayor o menor amplitud de la zona de penumbra de un concepto.

¿Qué concepto de precisión usan los juristas cuando señalan que el legislador tiene que formular leyes precisas y, al mismo tiempo, admiten que un cierto margen de indeterminación es inevitable en la formulación de las normas? Aunque no es posible formular una respuesta concluyente a esta pregunta, al debatir sobre el margen de indeterminación compatible con la exigencia de taxatividad, los juristas no parecen preocupados por la mayor o menor dificultad para formular explícitamente reglas de uso de las expresiones. Más bien, ellos parecen interesarse por la mayor o menor dificultad para resolver casos marginales (8). Así, cuando se afirma que la precisión de las normas penales impide la arbitrariedad de los órganos de aplicación, no se atiende principalmente al carácter explícito de las reglas de uso de un concepto sino más bien al modo en que ciertas normas generales permiten resolver de manera uniforme una serie de casos individuales. En otras palabras, el principal desafío para los juristas surge de la clase de situaciones marginales o zona de penumbra que rodea a la aplicación de una palabra. Por consiguiente, en este trabajo –salvo indicación en contrario– guiaremos nuestra reconstrucción de la taxatividad y la precisión de una expresión a la luz de la mayor o menor

---

(7) COPI, Irving, *Introducción a la lógica*, p. 126 (Buenos Aires: EUDEBA, 1995).

(8) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, p. 122 (Madrid: Trotta, 1995).

amplitud de la clase de casos marginales o zona de penumbra de la aplicación de un concepto (9).

La relación entre precisión de un concepto y la zona de penumbra que genera su aplicación exige introducir una nueva distinción entre absoluta precisión y precisión relativa. Conforme a nuestra reconstrucción, la precisión del significado de una palabra es una función del modo en que identifica y divide los elementos de un cierto universo del discurso (*i.e.* los objetos a los que pretendemos aplicarles la palabra) (10). Cuando el significado de una palabra es *absolutamente preciso*, los elementos del universo del discurso están divididos en clases exhaustivas y excluyentes (11). Cuando los elementos del universo del discurso no son divididos de esa manera, el significado de una expresión es *relativamente preciso*. El universo del discurso es una clase de estado de cosas (*i.e.* situaciones, acciones, etc) y como cualquier otra clase, puede ser *abierta* o *cerrada*. Esta distinción puede ilustrarse mediante la siguiente afirmación de von Wright (12):

La clase de personas que votaron en una cierta elección es una clase *cerrada*. Es restringida tanto en su número como en el tiempo y espacio. Podemos hacer una lista de todos sus miembros. Por otra parte, la clase de personas que alguna vez votaron, votan o votarán en elecciones de un cierto tipo («descripciones generales») es una clase *abierta*. No tiene restricciones (es «potencialmente infinita») en su número. Puede ser que, desde un cierto momento, ningún nuevo miembro sea añadido a la clase, *e.g.* porque no se convocan más las elecciones de ese tipo. Pero la clase cerrada de personas, quienes han ejercido hasta ese momento su derecho al voto en elecciones de ese tipo, es diferente de la clase abierta. La última no posee un miembro que sea «lógicamente el último elemento». Permanece para siempre, «en principio», abierta a nuevos miembros.

En universos del discurso clausurados por referencias espaciotemporales específicas, podemos enumerar a todos sus elementos y es

(9) La precisión es una propiedad del significado de las expresiones. Por razones de simplicidad, nos referiremos a la precisión de una expresión o de una formulación, y estas frases deben entenderse siempre como maneras abreviadas de referirnos a sus respectivos significados.

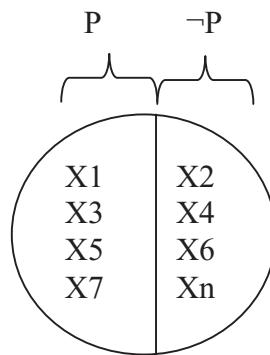
(10) Para una presentación intuitiva, véase BADESCA, Calixto; JANÉ, Ignacio, y JASANA, Ramón, *Elementos de lógica formal*, pp. 29-30 (Madrid: Ariel, 1998).

(11) ALCHOURRÓN, Carlos, y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 56 (Buenos Aires: Astrea, 1974). A efectos de simplificar nuestro análisis asumiremos que la división del universo del discurso genera sólo dos clases: el conjunto de elementos a los que se aplica la palabra en cuestión y la clase complementaria, es decir, el conjunto de elementos a la que no se aplica la palabra en cuestión.

(12) VON WRIGHT, Georg, «On Conditionals» en *Logical Studies*, p. 151 (London: Routledge & Kegan Paul, 1957).

possible dividir los elementos de manera concluyente. El siguiente diagrama ejemplifica la *absoluta* precisión de una expresión  $P$  respecto a los elementos  $X_1, X_2, X_3, X_4, X_5, X_6, X_7, \dots X_n$  de un Universo del Discurso UD.

**Diagrama I**



Como muestra el diagrama, ningún elemento  $X$  de este universo del discurso forma parte de más de una clase y todo elemento pertenece a alguna clase. Por ejemplo, un profesor puede dividir el universo del discurso de sus alumnos de filosofía jurídica de la Universidad X, en el año 2004, clasificándolos en aprobados y no aprobados. En este caso, el universo del discurso es un conjunto de alumnos específicamente delimitado y *en ese contexto* la palabra «aprobado» puede ser usada con absoluta precisión.

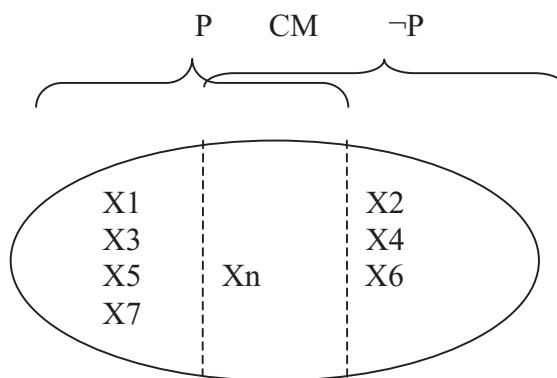
A efectos de evitar confusiones, estipularemos que en casos de absoluta precisión el significado de la expresión es *exacto*. La exactitud de los conceptos depende, en general, de nuestro nivel epistémico. Si pudiésemos considerar específicamente a todos los elementos de nuestro universo del discurso, también podríamos decidir acerca de las divisiones necesarias y prevenir las indeterminaciones. Por eso, la exactitud sólo puede lograrse en universos del discurso cerrados en los que podemos enumerar a cada uno de sus elementos (13). Sin

(13) Por supuesto, ello no significa que cualquier universo cerrado será dividido de manera exacta ya que este resultado también depende de otros factores tales como la indeterminación de propósitos o la intención de delegar poder normativo a los órganos de aplicación.

embargo, las normas jurídicas se proyectan sobre universos del discurso abiertos. Las normas regulan el comportamiento de manera prospectiva y el legislador no puede considerar específicamente todas las situaciones individuales a las que se aplicarán sus normas. Ello impide la regulación exacta de la conducta mediante normas generales y obliga a buscar otra noción de precisión que sea compatible con la exigencia de taxatividad.

En el siguiente diagrama (Diagrama II) se ejemplifica la *relativa precisión* de una expresión  $P$  respecto a los elementos  $X_1, X_2, \dots, X_n$  de un Universo del Discurso UD.

**Diagrama II**



En este diagrama, la zona de penumbra de la expresión abarca el espacio representado entre las líneas de puntos y muestra que existe un subconjunto CM (*i.e.* una clase marginal) de elementos  $X_n$  que no podemos determinar si forman parte de  $P$  o de la clase complementaria  $\neg P$ . Por esa razón, la división del universo del discurso no es exacta.

Nuestras necesidades en la comunicación sólo rara vez justifican emplear conceptos exactos. Por el contrario, el concepto dominante o *normal* de precisión es el concepto de *relativa* precisión, que admite un margen de indeterminación en la aplicación del concepto. En otras palabras, en nuestros lenguajes ordinarios no pretendemos que la división del universo del discurso sea exacta a los efectos de señalar que una cierta clasificación es precisa. Más aún, sólo una vez se admite que la noción de precisión es diferente al ideal de exactitud es posible

comprender al desafío de la taxatividad como la búsqueda de un equilibrio entre la exigencia de precisión de nuestros conceptos y el reconocimiento del inevitable margen de indeterminación de nuestro lenguaje.

### III. EL CONTENIDO DE LA TAXATIVIDAD

Sólo una vez que se distingue entre las diferentes nociones de precisión es posible avanzar sobre el contenido de la exigencia de taxatividad. Es necesario recordar que, al igual que el resto del material de un ordenamiento jurídico, la exigencia de taxatividad es una pauta normativa que puede ser interpretada de diferentes maneras. Las interpretaciones de la taxatividad resultan en la formulación de un criterio para determinar si una ley supera la exigencia de precisión. Cuando la exigencia de taxatividad tiene rango constitucional, ella define «mundos constitucionalmente posibles» para el legislador (14). Un mundo es constitucionalmente posible si y sólo si es un mundo permitido para el legislador. Por ejemplo, una ley que estableciese que sólo los hombres pueden ser candidatos al parlamento sería, conforme a las disposiciones relativas a la prohibición de discriminación, un mundo constitucionalmente inaccesible, con independencia de otras ventajas sociales, económicas o políticas que se siguiesen de esa legislación.

La idea de que el legislador no puede elegir cualquier mundo semánticamente posible para regular la conducta subraya que una interpretación de la taxatividad será admisible sólo si impone algún límite a las opciones que el legislador tiene disponibles al momento de formular las leyes penales. Supongamos que la autoridad intenta regular una cierta situación (*e.g.* la apropiación de bienes ajenos). Admitamos también que hay un conjunto C de formulaciones posibles, F1, F2, F3, ..., Fn, que ella podría escoger para satisfacer su propósito. La exigencia de taxatividad presupone que sólo algunas de esas formulaciones son constitucionalmente adecuadas y ello significa que los mundos semánticamente posibles no son equivalentes a los mundos constitucionalmente posibles. En otras palabras, existe un subconjunto C1 de este conjunto C, que el legislador puede usar para regular ese estado de cosas y que las otras formulaciones de C son inadmisibles desde un punto de vista constitucional.

---

(14) MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997).

La distinción entre mundos semánticamente posibles y mundos constitucionalmente accesibles para el legislador tiene sentido sólo si se acepta previamente que los conceptos tienen diferente grado de vaguedad. Como señala Juan Carlos Bayón (15),

... decir que, en el límite todos los términos son (al menos potencialmente) vagos no equivale en modo alguno a decir que todos son igualmente vagos. Dicho de otro modo: si llamamos «zona de penumbra» al conjunto –a su vez borroso– de objetos de los que no sabríamos decir con certeza si están incluidos o excluidos de la denotación de un término, éste será tanto más vago cuanto mayor sea su zona de penumbra.

La amplitud de la zona de penumbra determina el margen de indeterminación de un concepto. El grado de precisión (y de vaguedad) de un concepto depende de la extensión de la clase de casos marginales que genera su aplicación, y por ello, la *mayor* precisión de una formulación F1 se puede determinar sólo después de comparar a F1 con otras posibles formulaciones normativas F2, F3, ..., Fn. Por ejemplo, el universo del discurso de las lesiones puede ser dividido mediante las categorías leve, grave y gravísima. Este criterio se basa en la seriedad del daño infligido. Sin embargo, este universo también podría ser clasificado a partir de los días necesarios para la recuperación de la víctima, *e.g.* menos de treinta días para su recuperación. En ambos casos nos referimos al mismo universo del discurso, pero dividido mediante categorías diferentes. Si todos los conceptos fuesen igualmente imprecisos, entonces, con independencia de los esfuerzos del legislador, todas sus normas resultarían igualmente indeterminadas. No habría diferencias entre las diferentes formulaciones y ello impediría establecer una diferencia entre los mundos semánticamente posibles y los mundos constitucionalmente posibles. De esta manera, sólo porque los conceptos tienen diferente grado de vaguedad tiene sentido sostener que un legislador cuidadoso puede *disminuir* la indeterminación de sus normas.

Sin embargo, en universos del universo abiertos, la vaguedad no puede ser cuantificada (16), es decir: no tenemos suficientes recursos analíticos para señalar en abstracto el grado de vaguedad de un concepto. Por ello, si no podemos establecer el grado de precisión de los conceptos, entonces tampoco podemos determinar que ellos no son igualmente vagos. Por ejemplo, supongamos que analizamos la precisión con que se regula el hurto y comparemos al artículo 162

---

(15) BAYÓN, Juan Carlos, «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional» en *Jueces para la democracia* 27 (1996), p. 44.

(16) ENDICOTT, Timothy, *Vagueness in Law*, *op. cit.*, p. 203.

del Código Penal Argentino con el artículo 234 del Código Penal Español.

Artículo 162 del Código Penal Argentino: Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena.

Artículo 234 del Código Penal Español: «El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses, si la cuantía de lo susstraído excede de cincuenta mil pesetas».

¿Cuál de estas formulaciones es más precisa? La respuesta a esta pregunta es simple, pero decepcionante: es más precisa la formulación que genera menos casos marginales. Esta respuesta es desalentadora ya que no podemos analizar a todos los casos relevantes o enumerar exhaustivamente la clase de casos marginales.

Por consiguiente, si nuestras clasificaciones se proyectan sobre elementos de un universo del discurso abierto, entonces no es posible identificar a *todos* los miembros de una clase, y, por consiguiente, tampoco se pueden enumerar a todos los casos marginales que generan cada una de estas formulaciones. Si la mayor o menor vaguedad depende de la mayor o menor cantidad de casos marginales, parece que todos los conceptos que se proyectan sobre universos del discurso abiertos son igualmente vagos ya que todos tienen una clase potencialmente ilimitada de casos marginales (17).

En las discusiones contemporáneas sobre la taxatividad no se encuentran respuestas a este problema de la determinación del grado de precisión de los conceptos. Sin embargo, los teóricos del derecho penal no parecen tomar este problema en serio. La actitud que prevalece en este tema es el producto más de una visión común acerca del lenguaje que de elaboradas doctrinas filosóficas (18). Al respecto,

(17) Una manera de superar la dificultad señalada anteriormente es asumir, explícita o implícitamente, una referencia que clausura el universo del discurso cuando tratamos de determinar la mayor precisión de un par de conceptos. La situación es similar a la que se presenta cuando usamos oraciones genéricas, *e.g.* «París es más grande que Londres». Sin una referencia al momento en que se establece la comparación no podemos determinar si la oración es verdadera o falsa, y es natural interpretar a esas oraciones con una referencia implícita al momento en que se profiere el enunciado. Sobre este tema, véase: von WRIGHT, Georg, Henrik, «The Logic of Predication», en *Truth, Knowledge & Modality*, pp. 44-45 (Oxford: Basil Blackwell, 1984).

(18) Por supuesto, esto no significa que no sea posible defender de manera sofisticada esta idea acerca de los diferentes grados de vaguedad. De hecho, la teoría de los grados de verdad se basa en esa diferencia y es una sofisticada propuesta analítica para la solución de la paradoja del montón. Esta paradoja puede ser informalmente ejemplificada de la siguiente manera: supongamos que X es un montón

Ferreres señala «no tenemos un aparato que cuantifique el grado de precisión, pero parece indudable que hay disposiciones más precisas que otras» (19). De este modo, aunque reconocemos que no es posible determinar en universos abiertos qué formulación es más precisa, no asumimos este inconveniente como un problema a resolver. Al respecto, sería sensato recordar que, al analizar si dos expresiones tienen el mismo significado (20), Quine señala.

Así pues, vemos que si sabemos en qué consiste el que las expresiones signifiquen de modo semejante, el resto es fácil. Y parecería que lo sabemos, a juzgar por la cantidad de cosas que decimos al respecto; pero no podemos juzgar por eso. La labia y la claridad no están bien correlacionadas.

Por ello, a efectos de no confundir labia y claridad, es necesario examinar con más cuidado el fundamento de nuestra confianza semántica en los diferentes grados de vaguedad. La certeza acerca de que no todos los conceptos son igualmente vagos no parece basarse en la capacidad para identificar y contar los números de casos marginales sino en otras habilidades específicas que desarrollan los hablantes competentes de un idioma.

Una de esas habilidades es la disminuir la vaguedad de los conceptos mediante sucesivas reformulaciones o estipulaciones acerca de los límites conceptuales (21). Así, por ejemplo, los predicados cualita-

---

de arena. Si a X se le quita un grano, la situación resultante X-1 sigue siendo un montón de arena, y si a X-1 se le quitase un grano de arena, entonces X-2 seguiría siendo un montón de arena y así sucesivamente. Pero, mediante este argumento, que puede reconstruirse como una razonamiento lógicamente válido, se llegaría a la conclusión paradójica que tanto una tonelada de arena como un grano de arena son un montón de arena. Para una presentación contemporánea de esta paradoja, véase el capítulo II de SAINSBURY, Mark, *Paradoxes* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995); SAINSBURY, Mark, y WILLIAMSON, Timothy, «Sorites», en HALE, Bob, y WRIGHT, Crispin (eds), *A Companion to the Philosophy of Language*, pp. 458-484 (Oxford: Blackwell, 1997).

(19) FERRERES, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 101.

(20) QUINE, Willard van Orman, *Teorías y cosas*, p. 62 (Méjico: UNAM, 1986).

(21) Una manera de lograr mayor precisión conceptual es formular explícitamente (por ejemplo, mediante definiciones explícitas), las reglas de uso de una cierta expresión. De hecho, esta idea es la base de la técnica analítica conocida como reconstrucción racional de los conceptos que consiste en transformar un concepto inexacto y vago en otro concepto más exacto. Véase, ALCHOURRÓN, Carlos, y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, *op. cit.*, pp. 29-30. También, véase, COPI, Irving, *Introducción a la lógica*, p. 126 (Buenos Aires: EUDEBA, 1995), QUINE, Willard van Orman, *Palabra y objeto*, pp. 167 ss. (Barcelona: Herder, 2001).

tivos pueden cambiarse por predicados comparativos o cuantitativos (22). De este modo, es fácil admitir que hay disposiciones más precisas que otras ya que frente a un cierto predicado cualitativo P1 podemos ofrecer otro predicado P2 de naturaleza comparativa o cuantitativa. Por ejemplo, la ley 23.592 –modificada por la ley 24.782– reprime los actos discriminatorios y establece en su artículo 4 que los lugares públicos deben exhibir en su ingreso un cartel claro y visible, que reproduzca el artículo 16 de la constitución Nacional. Y, luego, en el artículo 5 *se precisa* la exigencia del artículo 4 señalando que el cartel «tendrá una dimensión, como mínimo de treinta centímetros de ancho, por cuarenta de alto y estará dispuesto verticalmente». Pero, esta respuesta sólo traslada el problema a un nivel diferente ya que ahora necesitamos determinar, sin contar los casos marginales que genera la aplicación de cada concepto, por qué un concepto cualitativo es menos preciso que un concepto comparativo. Podría decirse que una característica de un hablante competente del castellano es reconocer que el concepto de animal es más preciso que el de animal peligroso, o que la orden: «Debes comprar una revista que tenga un precio menor a 5 euros» es más precisa que la orden «Debes comprar una revista que no sea muy cara». Si un sujeto competente en la lengua castellana recibe ambas órdenes, entonces reconocerá que la primera orden es más precisa que la segunda *sin que sea necesario* comprobar en el caso concreto el margen de indeterminación que ellas generan. Como señala Bix (23),

El argumento sería que hay convenciones en el lenguaje no sólo acerca del significado de palabras y expresiones sino también acerca del margen de libertad en la interpretación (y la aplicación) delegada al intérprete. Por ejemplo, nuestras convenciones parecen fundar que los términos general descriptivos (por ejemplo, «una persona madura») delegan un gran margen de discreción, mientras que las descripciones numéricas (por ejemplo «una persona que tenga al menos treinta y cinco años») restringen esa discreción.

Sería parte de nuestras convenciones del lenguaje comprender que los conceptos numéricos son más precisos que los conceptos descriptivos y que, a su vez, estos tienen mayor precisión que los conceptos valorativos. De esta manera, la verdad de la afirmación acerca de que una formulación F1 es más precisa que otra F2 no dependería de la extensión de sus respectivas clases de casos marginales sino de la reacción de los hablantes competentes de una cierta comunidad lingüística.

---

(22) HAACK, Susan, *Lógica divergente*, p. 126 (Madrid: Paraninfo, 1979).

(23) BIX, Brian, *Law, Language and Legal Determinacy*, p. 71 (Oxford: Oxford University Press, 1993).

No es seguro que este enfoque convencionalista sea capaz de superar el problema de la determinación del grado de vaguedad de los conceptos. Más bien parece obvio que este enfoque tiene que ser complementado con otros argumentos, *e.g.* acerca de la relación entre esas convenciones y la zona de penumbra de los conceptos, o un análisis de las convenciones para distinguir entre la vaguedad de diferentes conceptos descriptivos, etc. No intentaremos aquí remediar esta carencia y asumiremos que un mayor desarrollo de nuestro instrumental analítico puede dar cuenta de esta dificultad. Nuestro objetivo en las próximas secciones es poner a prueba las diferentes reconstrucciones de la taxatividad. Estas reconstrucciones son analíticamente diferentes, aunque no siempre los autores advierten esos matices y no debe descartarse que, con frecuencia, se presenten como variantes retóricas de una misma idea. Por esa razón, las citas y referencias que se ofrecerán a lo largo de este trabajo pretenden ser ejemplos de un cierto argumento y no pretenden atribuir una posición articulada o definitiva a los autores que se mencionan.

## V. LAS ESTRATEGIAS INTERNAS

Las leyes precisas sirven para generar certeza jurídica, *i.e.* posibilidad de conocer las consecuencias normativas de las acciones. La precisión de las leyes es indispensable para que los individuos puedan diseñar y desarrollar planes de vida. La protección institucional de estos márgenes de libertad individual es una manera de reconocer dignidad moral a los individuos y, por ello, la certeza jurídica se considera un valor central del Estado de Derecho. Esta conexión entre certeza, determinación y precisión lleva naturalmente a asumir que el significado de las palabras es una condición necesaria y suficiente para decidir si una ley supera la exigencia de la taxatividad. Esta idea es una característica de las *estrategias internas*, que modelan el contenido de la exigencia de taxatividad únicamente a partir de las propiedades del significado de una expresión. De este modo, el rasgo común que comparten las estrategias internas es la búsqueda de algún *hecho semántico* que pueda ser utilizado como criterio para determinar si una norma supera la exigencia de taxatividad.

En esta sección consideraremos a dos estrategias internas. En primer lugar analizaremos la exigencia de la mayor precisión posible, y en segundo lugar consideraremos si la exigencia de taxatividad puede ser interpretada a la luz de un posible umbral de significado de las expresiones usadas por el (legislador).

## 1. La máxima precisión posible

Nuestras acciones o diseños institucionales pueden acercarse o alejarse en mayor o menor medida de las exigencias del Estado de Derecho (24). Un déficit en nuestros diseños institucionales coloca a la comunidad un poco más lejos de satisfacer el ideal, y del mismo modo, nuestros éxitos al eliminar esas carencias nos acercan al mismo. Por ejemplo, la actuación ilegal de los funcionarios públicos es un claro desafío al modelo. Si los funcionarios recibiesen sistemáticamente un soborno por sus decisiones, la conducta de esos funcionarios corruptos marcaría una carencia, y sin duda alguna señalaríamos que este Estado está más lejos del ideal que otro en el que la policía no se comporta de manera ilegal. Dado el valor moral que subyace al ideal de Estado de Derecho, cualquier obstáculo en su concreción tiene que ser removido.

Conforme a esta idea, la vaguedad debería evitarse en la mayor medida posible. Como señala Jakobs, «si una regulación relativamente imprecisa se puede determinar con mayor precisión, hay que elegir la variante más precisa» (25). En otras palabras, «el legislador debe formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: *lex certa*)» (26). Las citas que proclaman el criterio de la máxima taxatividad pueden multiplicarse con facilidad (27), y muestran el arraigo de esta reconstrucción en la discusión contemporánea. Por ejemplo, Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen (28):

Aunque la ley penal se expresa en palabras y éstas nunca son totalmente precisas, no por ello debe despreciarse el principio de legalidad, sino que es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra. De allí que no baste que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse de forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible.

---

(24) Esta reconstrucción sigue las ideas defendidas por ENDICOTT en: ENDICOTT, Timothy, A. O., *Vagueness in Law*, *op. cit.*, pp. 190-192.

(25) JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, 2.<sup>a</sup> edición, pp. 95-96 (Madrid: Marcial Pons, 1997).

(26) HASSEMER, Winfried, «¿Por qué el lenguaje es tan importante para el derecho?» en *Crítica al derecho penal de hoy*, p. 21 (Buenos Aires: Ad Hoc, 1995).

(27) Por ejemplo, véase, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 121, NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 455-456 (Buenos Aires: Astrea, 1992).

(28) ZAFARRONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: EDIAR, 2000).

De igual manera, Jescheck señala (29):

Los tipos penales han de redactarse con la *mayor exactitud posible*, evitando los conceptos elásticos, recoger las inequívocas consecuencias jurídicas y prever sólo marcos penales de alcance limitado (Itálicas añadidas)

La idea que dota de sentido a la doctrina de la máxima taxatividad es que se pueda identificar un último elemento del conjunto de posibles formulaciones de un concepto, *i.e.* la formulación más precisa posible. Un elemento *b* de un conjunto ordenado A es el *último elemento* si y sólo si todo elemento de A precede a *b*. Cuando la estructura del conjunto está determinado por la relación «ser más preciso que», la doctrina de la máxima taxatividad presupone que existe una formulación *b* tal que cualquier otra formulación del conjunto es menos precisa que *b*. Sin embargo, es importante destacar que no todo conjunto ordenado satisface esta estructura (30). Sólo en ciertos conjuntos ordenados es posible identificar un primer elemento, último elemento, cotas inferiores o cotas superiores que sirvan para indicar límites mínimos o máximos. Por eso, no debe asumirse, sin prueba independiente, que un legislador cuidadoso puede identificar a la formulación más exacta posible de un cierto concepto. Si todas las formulaciones padecen algún grado de vaguedad, entonces siempre se podrá decidir nuevamente acerca de la clasificación de los casos marginales subsistentes y proponer una nueva formulación más precisa para dividir esos elementos del universo del discurso.

Si la mayor precisión se logra añadiendo o suprimiendo propiedades a nuestras descripciones iniciales (*e.g.* añadiendo características definitorias), entonces habrá tantas clasificaciones posibles como predicados admite nuestro lenguaje (31). Si las propiedades que expresan los lenguajes naturales son infinitas, entonces, para cualquier clasificación C siempre es posible ofrecer una clasificación alternativa C<sub>1</sub>, que añade o suprime propiedades a la división inicial. En resumen: frente a cualquier formulación F<sub>1</sub> siempre es posible tomar una decisión explícita acerca de sus casos marginales y proponer una formulación alternativa F<sub>2</sub> que sea semánticamente más precisa. Este

---

(29) JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4.<sup>a</sup> edición, p. 122 (Granada: Comares, 1993).

(30) Por ejemplo, el conjunto de números naturales, ordenados mediante la relación «ser mayor que», carece de un último elemento ya que siempre es posible mostrar que pertenece a ese conjunto un número *n* tal que también pertenece a ese conjunto un número mayor *n+1*.

(31) RAZ, Joseph, «Legal Reasons, Sources and Gaps», en *The Authority of Law*, p. 73 (Oxford: Oxford University Press, 1979).

argumento no muestra que *cualquier* formulación F2 será más precisa que F1. Pero, siempre es *semánticamente posible* formular divisiones de manera más precisa, y por ello la exigencia de obtener *máxima* certeza o taxatividad expresa un objetivo imposible de satisfacer plenamente (32).

La conclusión que se desprende de este análisis es que la búsqueda de máxima taxatividad parece confundir dos tesis: la posibilidad de reducir la vaguedad y la posibilidad de formular nuestros conceptos de la manera más precisa posible. El razonamiento, entonces, parece ser el siguiente: Si es posible disminuir la imprecisión, entonces puede disminuirse en todo lo que sea posible. Sin embargo, ambas tesis son diferentes y aunque la vaguedad pueda reducirse, de allí no se sigue que podamos formular nuestros conceptos con la mayor precisión posible. Una vez que se advierten los límites a la búsqueda de máxima precisión es necesario encontrar una nueva interpretación de la exigencia de taxatividad.

## 2. El umbral de precisión

Tal vez, desde el punto de vista de la taxatividad, sólo nos importa que las normas sean *suficientemente* precisas. En este sentido, las estrategias internas podrían ser vistas como un recurso teórico para enfatizar que pretendemos que las normas superen un cierto umbral o nivel de precisión, aunque este límite se encuentre muy lejos del ideal de formular normas mediante conceptos exactos. Por ejemplo, Ferreres señala (33):

El principio de taxatividad no es otra cosa que la exigencia de que los textos en los que se recogen las normas sancionadoras describan con *suficiente precisión* qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas. (Itálicas añadidas).

De igual manera, Moreso sostiene (34):

... el principio de taxatividad exige un determinado grado de precisión o de determinación semántica, puesto que sabemos que la precisión nunca podrá ser absoluta. Qué grado de precisión, donde situar el umbral de la taxatividad admisible, incluso constitucionalmente admisible, es algo que ya no depende del concepto de taxatividad, sino de la justificación de la taxatividad.

---

(32) JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 95.

(33) FERRERES, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 21.

(34) MORESO, José Juan, «Principio de legalidad y causas de justificación», en *Doxa* 24 (2001), p. 532.

Parece natural interpretar la exigencia de taxatividad a partir de un *umbral de precisión* que señale el nivel de determinación semántico que tiene que lograr el legislador al formular sus normas (35). Este umbral de taxatividad no tiene que interpretarse necesariamente como un límite preciso sino que también puede ser entendido como un espacio relativamente indeterminado en el que tiene sentido, para una cierta comunidad de hablantes, señalar que una formulación es suficientemente precisa.

Una primera manera de analizar este umbral de taxatividad sería tratar de encontrar en las convenciones lingüísticas vigentes en una cierta comunidad una referencia a la cantidad de casos marginales de un concepto que se tolera como criterio para señalar que ese concepto es suficientemente preciso. Conforme a esta reconstrucción, las interpretaciones de la taxatividad serían, en primer lugar, enfoques descriptivos de las convenciones de lenguaje de una cierta comunidad y, en segundo lugar, reconstructivos de las pautas que justifican esas convenciones y usos lingüísticos.

En principio, la existencia de convenciones lingüísticas acerca de la precisión de una expresión es una cuestión contingente y depende de las prácticas específicas de cada grupo social. Por ejemplo, con frecuencia se sostiene que en ciudades populosas se ha desarrollado una convención de acuerdo a la cual en veredas congestionadas, los individuos caminan por su derecha. Esta práctica no existe en muchas ciudades en las que no se presentan problemas de congestionamiento urbano. Por esa razón no hay que descartar que en algunas comunidades existan prácticas lingüísticas que permitan establecer un margen de suficiente precisión de los conceptos que usa el legislador. En caso de que ellas estuviesen vigentes en una cierta comunidad, su grado de especificidad se mostraría en la manera en que reaccionan los miembros de la comunidad ante la afirmación «La ley L es suficientemente precisa». En particular, sería de especial importancia para determinar la existencia de estas convenciones analizar la reacción de los órganos que tienen el deber de controlar la validez de las leyes. En otras palabras, *viendo* cómo reaccionan los jueces y otros órganos de aplicación ante ciertas leyes podríamos conocer cuál es el límite de precisión que un legislador no puede ignorar. De este modo, esta interpretación de la taxatividad exigiría sistematizar las opiniones de los jueces en casos en que se cuestiona la validez de una ley en razón de su imprecisión y

---

(35) SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, pp. 73 ss. (Barcelona: Ariel, 1962). Para una crítica, véase: CARRIÓN, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, *op. cit.*, pp. 66 ss.

articular los fundamentos de sus afirmaciones sobre la precisión de las normas formuladas por el legislador.

Sin embargo, los tribunales sólo ocasionalmente analizan la precisión de las leyes (36), y la mayoría de las pocas veces que se involucran en esta tarea su decisión avala la validez de las normas formuladas por el legislador. Por consiguiente, este enfoque de la taxatividad no contaría con elementos suficientes para distinguir entre la afirmación: «En la comunidad C no existe una convención lingüística que determine, para la mayoría de los casos, si una norma es suficientemente precisa» y la afirmación «En la comunidad C las leyes que formula el legislador casi siempre son suficientemente precisas».

Podría sostenerse que, en verdad, la existencia de tales convenciones no es un rasgo contingente del lenguaje. En este caso se sostendría que estas convenciones son parte de los acuerdos básicos que son inherentes a la existencia de un cierto lenguaje. El argumento, entonces, concluiría del siguiente modo. De igual manera a que las mismas palabras se emplean para referirse generalmente a los mismos grupos de cosas, o no se vacila en considerar más precisos a los conceptos numéricos que los conceptos valorativos, tampoco hay dudas acerca de que un hablante competente del lenguaje reconocería cuándo una formulación es suficientemente precisa.

Sin embargo, esa conclusión parece demasiado optimista. Aunque, como una cuestión de hecho, estamos de acuerdo en cómo aplicar palabras y expresiones en casos paradigmáticos, también como una cuestión de hecho ocurre que *no hay acuerdo* acerca de dónde trazar la línea que demarca el umbral de precisión de un concepto (37). Si un legislador consciente y respetuoso de su deber institucional de formular leyes precisas se dirigiese a la Corte Suprema de Justicia o a los autores más representativos de la dogmática contemporánea para que le señalen cuál es exactamente el umbral de taxatividad, no obtendría de estos actores sociales mayor ayuda. Más aún, si el legislador intentase encontrar este umbral de precisión a través del análisis de las decisiones judiciales en que se cuestiona la taxatividad de una ley, también se vería frustrado en su empeño. Esta frustración no sólo sería consecuencia de la escasez de pronunciamientos acerca de la validez de una ley en relación a la exigencia de taxatividad, sino también de la imprecisión y generalidad de los criterios empleados por los

---

(36) ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General I*, *op. cit.*, p. 170.

(37) La vaguedad de una expresión se caracteriza por la imposibilidad de encontrar, a la luz de las reglas semánticas vigentes, un umbral de precisión. ENDICOTT, Timothy, *Vagueness in Law*, *op. cit.*, p. 33.

jueces al momento de formular sus juicios de taxatividad, por ejemplo: la Corte Suprema de Estados Unidos ha reiterado que una ley penal no supera la exigencia de determinación cuando ella no proporciona advertencia suficiente para que los individuos puedan conducirse de tal manera de que puedan evitar lo que está prohibido (38).

Es importante subrayar la diferencia entre la afirmación de que un concepto es impreciso y la afirmación de que un concepto no es suficientemente preciso. El primer enunciado es descriptivo y su verdad se basa tanto en los desacuerdos clasificatorios que genera su aplicación a casos concretos como así también a la imposibilidad de encontrar en las prácticas lingüísticas límites específicos para su aplicación. Por el contrario, la afirmación de que un concepto no es suficientemente preciso involucra un juicio de valor y, por ello, abre dudas acerca del carácter objetivo del reproche al legislador. Si el umbral de precisión no puede identificarse objetivamente, entonces aunque la forma gramatical de un juicio de taxatividad sugiera que es una descripción, en verdad, no describe ningún hecho semántico que determine su valor de verdad. Más bien, su forma gramatical oculta la naturaleza expresiva de esos juicios, disimulando que los desacuerdos sobre el umbral de taxatividad son de naturaleza valorativa. Quien *decide* que una ley es demasiado imprecisa para superar la exigencia de taxatividad no puede pretender que el legislador ha *desconocido* un hecho semántico que determina el umbral de precisión que es necesario preservar. Por consiguiente, el legislador sólo podría ser criticado por formular sus leyes de manera irrazonable, imprudente o injusta, pero el reproche no se puede basar en que ha cometido un error semántico al traspasar el umbral de precisión.

Otra manera de reconstruir la idea de umbral de precisión es abandonar un enfoque descriptivo y defender llanamente su naturaleza estipulativa. Así, las interpretaciones de la taxatividad serían *definiciones* que determinan si una norma es suficientemente precisa. Por ejemplo, este umbral podría establecer que una ley es inválida si su porcentaje de casos marginales frente a casos claros supera el 75 por 100. En este sentido, Fulgencio Madrid recuerda que para Schünemann (39),

... el legislador ha de formular las leyes penales con una cantidad de elementos determinables del tipo que comporten la delimitación de por lo menos más del 50 por 100 de las conductas que el legislador mediante la formulación de este tipo intenta abarcar.

---

(38) *Rose vs. Locke*, 423 U.S. 48, 50 (1975). La cita ha sido extraída de DRESSLER, Joshua, *Understanding Criminal Law*, 2nd edition, p. 31 (New Cork: Matthew Bender, 1995).

(39) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, *op. cit.*, p. 151.

Estas propuestas no pretenden identificar una regla lingüística vigente en una cierta comunidad, sino pretenden introducir una nueva convención a efectos de basar los juicios de taxatividad en un criterio expresamente formulado y racionalmente defendible. Esta solución al desafío de la taxatividad enfrenta importantes dificultades.

En primer lugar, si no existe una convención vigente en la comunidad para determinar si una norma es suficientemente precisa, no es fácil justificar que una ley sea declarada inválida usando un criterio propuesto ajeno al que ha usado un legislador políticamente responsable. En este caso, el reproche de taxatividad que podría formular la Corte Suprema o un autor de derecho penal expresaría únicamente una valoración diferente de lo que debería haber prescripto el legislador.

En segundo lugar, aun cuando fuese justificado usar un criterio ajeno al que ha usado el legislador, habría que dar cuenta de una dificultad en la aplicación del criterio. Como se ha señalado, en universos del discurso abiertos, no podemos identificar expresamente a todos los casos individuales regulados por una norma. De este modo, parece que la idea de controlar el porcentaje de casos marginales frente a casos claros no puede basarse en universos abiertos, sino que tienen que limitarse a universos explícita o implícitamente clausurados. Pero, ahora la dificultad sería que la aplicación de una ley en un momento T puede enfrentar un 51 por 100 de casos marginales y en otra ocasión T1 ese porcentaje puede disminuir al 49 por 100. ¿Habrá que decir, entonces, que la ley supera la exigencia de taxatividad en T, pero no en T1? Un ejemplo puede ilustrar este problema. Supongamos que un profesor quisiera determinar la cantidad de alumnos altos que tiene en su curso. La vaguedad del concepto de alto lo enfrentará (de manera actual o potencial) a casos marginales. Pero, esos casos marginales variarán según sean los alumnos que asistan a clase. Más aún, puede ocurrir que un cierto día lunes no haya ninguna duda acerca de quién debe ser considerado alto en ese grupo, *i.e.* no hay casos marginales, pero al día siguiente podemos tener numerosos casos dudosos. A pesar de esta variación, no parece tener sentido en sostener que el concepto de alto es preciso el día lunes, pero no el día martes. De igual modo, el hecho de que varíe en el tiempo el espacio el margen de precisión de una ley no debería llevar a sostener que también cambia su validez a la luz de las exigencias de taxatividad.

## VI. LAS ESTRATEGIAS EXTERNAS

Las interpretaciones de la taxatividad son propuestas teóricas que pretenden determinar la precisión que se exige al legislador penal al

momento de formular sus normas. En las secciones anteriores hemos mostrado que las estrategias internas se basan en una concepción definiente de la naturaleza del lenguaje. Ahora emprenderemos el análisis de las estrategias externas. En estos enfoques no se examina sólo la precisión del significado de una formulación sino también otras consideraciones socialmente relevantes. Un ejemplo de estas estrategias externas es la que considera a la gravedad de la sanción imputada al delito como un dato relevante para evaluar si una ley supera la exigencia de taxatividad. Para estas propuestas, la exigencia de precisión en la formulación de la conducta penalmente reprochable es directamente proporcional a la gravedad de la sanción (40). Dado que las escalas penales pueden modificarse con independencia de la descripción de la conducta típica, es claro que este criterio es un dato externo a la relación semántica entre las palabras de la ley y su significado.

Otro ejemplo de estrategias externas son las que complementan la información normativa suministrada por el legislador mediante recursos interpretativos. En estos casos, los enunciados interpretativos se convierten en un intermediario entre las formulaciones del legislador y las soluciones específicas en los casos concretos. Por supuesto, si se asume que la interpretación de las formulaciones es siempre un ingrediente necesario para la asignación de significado a un texto, entonces se borraría la distinción entre estrategias internas y externas. No es posible analizar aquí este problema ya que ello implica elaborar una réplica al escepticismo radical acerca del significado (41). Aquí, sólo recordaremos que, para una concepción convencionalista, el significado de las expresiones depende de las convenciones semánticas vigentes en una comunidad y ello implica que la interpretación es un recurso analítico necesario únicamente cuando estas convenciones resulten indeterminadas (42).

En esta sección analizaremos una propuesta, que por razones de simplicidad será denominada «la estrategia de la revisabilidad» y, en el caso en que necesitemos dirigir nuestra crítica a una versión específica de esta doctrina, seguiremos la reconstrucción que ofrece Fulgencio Madrid Conesa en su estudio sobre la legalidad del delito (43). Al

---

(40) FERRERES, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, *op. cit.*, pp. 99 ss.

(41) Acerca de las diferentes tesis que se agrupan bajo la doctrina de la inevitabilidad de la interpretación, véase: NAVARRO, Pablo, «Acerca de la inevitabilidad de la interpretación», en *Isonomía* 22 (2005), pp. 99-122.

(42) Acerca de la naturaleza subsidiaria (excepcional) de la tarea interpretativa, véase: MARMOR, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, pp. 124 ss. (Oxford: Oxford University Press, 1992).

(43) En la medida en que la estrategia de la revisabilidad no depende exclusivamente de la relación semántica entre formulaciones y significados es una estrategia

limitar de este modo nuestro estudio de las estrategias externas resulta obvio que no pretendemos agotar el análisis de todas las estrategias externas sino solamente poner de manifiesto algunas dificultades generales que deben superar cualquiera de esas reconstrucciones (44).

### 1. La revisabilidad de las decisiones

La estrategia de la revisabilidad pone el acento en el modo en que las formulaciones del legislador limitan la discreción judicial. Por ello, una formulación sería constitucionalmente admisible desde el punto de vista de la taxatividad si y sólo si impone una selección al conjunto de decisiones que pueden adoptar los jueces. Este cambio de eje de análisis es señalado por Fulgencio Madrid de la siguiente manera (45).

El problema teórico de la determinación de la ley penal ha venido viciado precisamente por el intento de fundamentar la misma en la necesidad de que el ciudadano pueda extraer directamente de la ley una pauta para su acción...

Y luego, añade (46):

El principal error de las distintas teorías acerca de la exigencia de determinación ha sido, precisamente, el olvidar que el principio de legalidad intenta luchar también directamente contra la arbitrariedad del juzgador, éste es el sentido último de la exigencia de determinación. El legislador ha de articular las disposiciones penales de tal forma que la posibilidad de la arbitrariedad judicial quede excluida.

Este énfasis en la limitación de la arbitrariedad marca un desplazamiento de los ideales que justifican a la taxatividad: desde la certeza a la revisabilidad. La certeza se identifica con la posibilidad que los individuos tienen de conocer las consecuencias normativas de sus acciones y ello es una condición necesaria de la autonomía individual ya que el diseño y desarrollo de planes racionales de vida depende de

---

externa de reconstrucción de la taxatividad. Por supuesto, si también se sostiene que la interpretación de las formulaciones es siempre un ingrediente necesario de la asignación de significado a cualquier texto, entonces no habría estrategias internas propiamente dichas ya que ello conduciría a sostener que el sentido de las palabras siempre depende de las decisiones interpretativas.

(44) Al respecto, véase: MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, *op. cit.*, pp. 156 ss.

(45) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, *op. cit.*, p. 157.

(46) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, *op. cit.*, pp. 158-159.

esta capacidad para determinar en qué circunstancias el Estado intervendrá sobre sus bienes básicos.

Los análisis tradicionales de la exigencia de taxatividad se basaban en la idea de que entre autoridades y ciudadanos se establecía una relación comunicativa; que el ciudadano era un interlocutor válido y que era valioso que tuviese un acceso público y fiable al conocimiento de las normas formuladas por la autoridad. Por el contrario, la aspiración de revisabilidad es independiente de que se establezca una relación de comunicación efectiva entre autoridades y ciudadanos. Ello puede incluso generar una suerte de alienación del ciudadano de las esferas de comunicación legislativa. Las leyes se redactan de una manera tal que se hace necesaria la intermediación de especialistas que puedan desentrañar el sentido de esos textos. Esta especialización de la información normativa, en general, no es percibida como un defecto sino como una garantía de objetividad e imparcialidad ya que se asume que únicamente a través de esta especificidad de la información es posible limitar la arbitrariedad de los órganos de aplicación de normas. Por ejemplo, la ley que establece que es delito conducir con una alcoholemia superior a 500 miligramos de alcohol por litro de sangre. Esta precisa regulación no es de gran ayuda para los individuos –salvo para quienes llevan, junto a un neumático de recambio y otras herramientas de conducción útiles, un instrumento de medición de nivel de alcohol- que, luego de una larga velada con sus amigos, desea saber si puede conducir. Sin embargo, la precisión de esta pauta disminuye la arbitrariedad en la decisión de los jueces acerca de las condiciones para conducir un automóvil.

Admitamos, a los efectos de la discusión, la legitimidad de este cambio en el eje del análisis. Ahora es necesario establecer el contenido que este nuevo enfoque asigna a la exigencia de taxatividad. Si se admite que la autoridad satisface esa exigencia cuando limita la arbitrariedad judicial, entonces la versión más fuerte de este enfoque tiene que sostener que el legislador cumple con sus exigencias institucionales sólo cuando sus formulaciones *siempre* ofrecen una única respuesta correcta a un caso particular (47). En este caso, la tarea del juez sería descubrir la solución correcta y aplicarla al caso particular. Si el órgano de aplicación tuviese más de una opción para justificar su sentencia, por

---

(47) Acerca de la tesis de una única respuesta correcta en el ámbito del derecho, véase el trabajo clásico de DWORKIN, Ronald, «Is There Really No Right Answer in Hard Cases?», en *A Matter of Principle*, pp. 119-145 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1985). También véase: DWORKIN, Ronald, «Indeterminacy and Law», en Guest, Stephen (ed.), *Positivism Today*, pp. 1-10 (Aldershot, Hants, Dartmouth Publishing, 1996).

ejemplo una disyunción entre la solución S1 o S2, entonces la decisión de imponer la solución S1 se basa parcialmente en un acto creador, en un ejercicio de poder normativo. Por consiguiente, cuando se elige discrecionalmente una solución, hay que advertir que esa consecuencia normativa ha sido añadida al ordenamiento por la decisión judicial. En otras palabras, la otra cara de la discrecionalidad es la retroactividad en la calificación normativa de una cierta situación (48).

La doctrina de la respuesta correcta no sólo presupone que no existen lagunas normativas sino que también hay una única solución admisible a los problemas de identificación de los hechos (49). Esta idea parece especialmente apropiada para explicaciones del derecho que rechazan el convencionalismo. Una semántica anti-convencionalista puede sostener que existen respuestas correctas acerca de la aplicación de expresiones, aunque los hablantes competentes de una comunidad discrepen acerca del contenido de esas respuestas. Los desacuerdos no son considerados como límites semánticos de nuestros conceptos sino como concepciones diferentes de un mismo concepto. Quienes admiten que la moral no depende acuerdos y sociales, sostendrán que las soluciones morales se encuentran en las razones sustantivas que justifican nuestras convicciones y no en el accidente de nuestras convenciones lingüísticas. Bajo estos presupuestos sería posible defender que el derecho es completo y que siempre establece una única respuesta correcta (50).

Sin embargo, no son muchos los teóricos que defienden actualmente una visión tan fuerte de la determinación del derecho. En general se admite que el derecho se encuentra tan determinado como el lenguaje en el que se expresa la autoridad. Por ejemplo, Jakobs sostiene (51):

No se puede configurar genéricamente cuándo cabe calificar de indeterminada a una ley, puesto que toda regulación que vaya más allá del caso individual recibe de quien aplica la ley... una parte de la determinación requerida para su aplicación al caso concreto.

---

(48) DWORKIN, Ronald, «El modelo de las normas I», en *Los derechos en serio*, p. 100.

(49) TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, pp. 108 ss. (Madrid: Trotta, 2002).

(50) De hecho, esta es la posición que con algunas variantes ha mantenido Ronald Dworkin a lo largo de cuarenta años. Al respecto, véase: DWORKIN, Ronald, «On Gaps in the Law», en Amselek, Paul *et al.* (eds.), *Controversies on the Ontology of Law*, pp. 85-90 (Edimburgo: Edimburgo University Press, 1991); «Pragmatism, Right Answers and True Banality», en Brint, Michael *et al.* (eds.), *Pragmatism in Law and Society*, pp. 359-388 (San Francisco/Oxford: Westview Press, 1991); «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It», en *Philosophy and Public Affairs* 25 (1996), pp. 87-139.

(51) JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, p. 95.

Normalmente, se admite que las normas generales ofrecen un marco semántico en el que no cabe encontrar una única solución correcta y la amplitud de este marco queda oculta por la idea de la interpretación de las normas (52). Mediante los recursos interpretativos los jueces amplían o reducen el significado de las formulaciones normativas, y se diluye la posibilidad de reprochar la imprecisión de las normas penales y la arbitrariedad de su aplicación. Por ejemplo, para Fulgencio Madrid, las leyes penales que no satisfacen la exigencia de determinación (taxatividad) son aquellas «cuyo contenido y alcance no puede ser conocido con ayuda de los métodos de interpretación» (53). Para este autor, el tenor literal de la ley ofrece el marco de interpretaciones admisibles de un texto, es decir, el conjunto de posibles significados que puede invocar un juez para justificar jurídicamente una decisión (54). Una vez que se determina este espacio conceptual, es necesario desarrollar otras pautas interpretativas que restrinjan la arbitrariedad (55). En este sentido, Fulgencio Madrid señala (56):

El resultado de las tareas interpretativas no puede ser solamente la fijación de un límite más allá del cual el juez no pueda decidir libremente. Dentro de ese espacio enmarcado por este límite, el juez tampoco puede disponer de un arbitrio para imponer su decisión.

Aunque el despliegue de recursos interpretativos en esta segunda etapa puede ayudar a disminuir la discrecionalidad de las decisiones judiciales, no aporta nuevos elementos a la discusión de la exigencia de taxatividad. Para la estrategia de la revisabilidad, una ley es insuficientemente precisa cuando no tenemos elementos para ejercitar un control jurídico de la decisión de un juez. En esos casos, nada restringe la voluntad política de los órganos de aplicación y el desacuerdo se resuelve a partir de un último pronunciamiento del tribunal jerárquicamente superior. En este caso no sólo es imposible cuestionar la definitividad de la decisión sino que, además, tampoco tiene sentido discutir

---

(52) La idea de que las normas generales señalan marcos en los que el juez decide ha sido defendida por Kelsen. Véase: KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, pp. 349-350 (Méjico, Porrúa, 1998).

(53) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, op. cit., p. 164.

(54) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, op. cit., p. 178.

(55) La idea de que se puede responder al desafío de la taxatividad a partir de la interpretación de las formulaciones del legislador está presente, con diferentes matizadas, en autores tan diferentes como Roxin y Jakobs. Al respecto, véase: ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General I*, op. cit., p. 172. En sentido similar, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 96.

(56) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, op. cit., p. 178.

sobre su acierto o error. Pero, es importante no confundir el margen de determinación que ofrece una ley con las razones que los jueces invocan para aplicarla o dejarla de lado. En ocasiones, frente a leyes precisas que llevan a resultados disvaliosos, los jueces construyen argumentos para encontrar soluciones alternativas a las que establece el legislador. Esto significa que soluciones jurídicamente admisibles son dejadas de lado por razones de moralidad y política pública. De igual manera, también podría ocurrir que los jueces aplicasen leyes imprecisas, que no ofrecen genuinas restricciones a sus decisiones, y fuesen capaces de construir argumentos jurídicos plausibles sobre el ámbito de aplicación de estas leyes. La estrategia de la revisabilidad no cuestiona la mayor o menor amplitud del arco interpretativo que ofrece una formulación. En verdad, una ley imprecisa ofrece un amplio abanico de significados posibles, es decir: a mayor indeterminación se produce una expansión de las interpretaciones admisibles, o de posibles justificaciones a una decisión judicial. Por consiguiente, la estrategia de la revisabilidad no recoge el desafío de la taxatividad sino simplemente lo ignora y propone un cambio de problema, *i.e.* del límite a las posibles decisiones del legislador al límite de las posibles decisiones del juez. La exigencia de taxatividad, como señala Ferreres (57),

... se distingue del principio que exige al juez que su interpretación pertenezca al círculo de las interpretaciones «posibles» o «razonables» del precepto aplicado. Si el precepto penal es demasiado impreciso, el principio de taxatividad resulta vulnerado, aunque la interpretación por la que ha optado el juez sea una de las posibles o razonables.

La suerte de la estrategia de la revisabilidad se encuentra ligada a los recursos analíticos que posee para determinar si el marco interpretativo es demasiado amplio y no aporta nada a esta discusión el hecho de que las pautas interpretativas de una comunidad consideren jurídicamente correctas sólo a ciertas soluciones de ese marco.

Los escépticos acerca de la interpretación cuestionarían la misma posibilidad de descubrir tal cosa como «el significado literal» de una expresión y, por ello, también rechazarían la distinción entre casos claros y marginales. Frente a esta impugnación Fulgencio, Madrid señala que (58):

... junto a casos que plantean dudas en orden a su relación con el significado literal de la norma, existen una gran mayoría de supuestos que necesariamente caen dentro o fuera del límite constituido por el significado posible de las palabras.

---

(57) FERRERES, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 122.

(58) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, *op. cit.*, p. 170.

Esta réplica asume que los casos claros son mayoritarios frente a los casos difíciles y el escéptico olvidaría esta dependencia conceptual. Ahora bien, ¿en qué consiste la claridad de un cierto caso? Para un enfoque convencionalista del lenguaje, conocer el significado de las palabras no es poseer una especial intuición metafísica que sirva para dar cuenta de esencias misteriosas, sino ser capaz de reconocer instancias paradigmáticas a las que se aplica una cierta expresión. Los denominados «casos claros» son precisamente esas situaciones en las que existen amplios acuerdos en la comunidad acerca de la aplicabilidad de una norma a ciertas situaciones, y en este sentido, Hart señala (59):

Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser «automático», son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.

Las palabras generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran esos casos familiares generalmente indiscutidos.

Los acuerdos básicos que subyacen a los casos claros aseguran un *mínimo de precisión* de las expresiones ya que el significado de una palabra depende de su aplicación relativamente uniforme a ciertos objetos. Pero, si la exigencia de taxatividad se agotase en esa *mínima precisión* del lenguaje, entonces no limitaría ninguna de las opciones del legislador o de los jueces, y por ello la presencia o ausencia de esta exigencia sería irrelevante. Por consiguiente, del hecho de que existan casos claros no se sigue que existan *suficientes* casos claros, o del hecho de que los casos claros son una gran mayoría frente a los casos dudosos tampoco se sigue que no haya *demasiados* casos marginales. Mientras que el argumento del escéptico señala que la imprecisión del significado impide distinguir entre casos claros y marginales, esta nueva crítica a la estrategia de la revisabilidad presupone la existencia de casos claros. En verdad, nuestra crítica enfatiza que incluso las leyes más imprecisas regulan claramente algún caso y que, frente a este fenómeno, la estrategia de la revisabilidad no ofrece ningún criterio que permita criticar las decisiones que ha tomado el legislador.

Finalmente, en el ideal clásico de Estado de Derecho, la búsqueda de certeza está inevitablemente ligada a la precisión del lenguaje y ello, según Fulgencio Madrid, parece conducir a un dilema: o bien

---

(59) HART, H. L. A., *The Concept of Law*, op. cit., p. 26. Véase, también, HART, H. L. A., «Problems of the Philosophy of Law», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 106 (Oxford: Oxford University Press, 1983).

renunciamos a la exigencia de taxatividad o bien imponemos al legislador una carga institucional que no puede cumplir (60). Para escapar a este dilema se propone cambiar el eje del análisis: de la certeza a la revisabilidad. Sin embargo, la estrategia de la revisabilidad también conduce a un dilema parecido ya que se produce una paradoja cuando se intenta eliminar la arbitrariedad (61). Un gobierno puede ser arbitrario en, al menos, los siguientes sentidos:

- a) *Discrecionalidad*. Cuando no hay límites a las decisiones de los órganos de creación y aplicación de normas.
- b) *Parcialidad*. Cuando sus decisiones no son consistentes, *i.e.* no trata a los individuos de manera imparcial.
- c) *Inseguridad*. Cuando sus decisiones son impredecibles, *i.e.* no ofrece certeza acerca de los derechos y deberes.
- d) *Irrazonabilidad*. Cuando sus decisiones no están basadas en razones sustantivas.

El ideal del Estado de Derecho parece exigir un compromiso con la erradicación de todas estas facetas de la arbitrariedad. Sin embargo, no es claro que el intento de eliminar la arbitrariedad sea una empresa coherente. La certeza y la imparcialidad aumentan cuando se disminuye la discrecionalidad (62). Por tanto, si las normas vagas generan decisiones discretionales por parte de las autoridades, entonces la vaguedad constituye un obstáculo que debe ser evitado (63). Para evitar la discreción es necesario contar con leyes precisas, pero un conjunto de reglas precisas generará siempre casos recalcitrantes en los que las razones que el legislador tenía para formular esas normas exigen soluciones diferentes a las que señalan las normas. Además, las funciones sociales que asegura el derecho no pueden ser cumplidas sin estándares vagos, que dejen abierto un margen de discreción en la solución de los casos concretos (64). En resumen: el precio de disminuir la arbitrariedad de la discreción es aumentar la arbitrariedad de la irrazonabilidad.

La conclusión de este análisis es que el desplazamiento desde la certeza hacia la revisabilidad no permite resolver los problemas conceptuales que genera la vaguedad. En el mejor de los casos es sólo evitar el dilema de la certeza para caer en la paradoja de la arbitrariedad.

---

(60) MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, *op. cit.*, p. 157.

(61) ENDICOTT, Timothy, *Vagueness in Law*, *op. cit.*, p. 190.

(62) ENDICOTT, Timothy, *Vagueness in Law*, *op. cit.*, p. 188.

(63) ENDICOTT, Timothy, «El derecho es necesariamente vago», en *Palabras y reglas*, pp. 73-74 (Méjico: Fontamara, 2004).

(64) HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2.<sup>a</sup> edición, Raz, J. et al (eds.), p.130 (Oxford: Oxford University Press, 1994).

dad. La estrategia de la revisabilidad no ofrece ningún criterio para rechazar una norma por la amplitud del conjunto de interpretaciones posibles, y se desentienden de la mayor o menor indeterminación de una formulación. La ilusión de que se ha resuelto el desafío de la taxatividad proviene del optimismo exagerado acerca de la utilidad de los recursos interpretativos, que permite eludir la importancia del problema acerca de la precisión con que el legislador formula sus normas.

## VII. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos analizado diversos conceptos de precisión y el modo en que ellos intervienen en la evaluación de la taxatividad de las leyes penales. Las estrategias internas y externas son interpretaciones de la exigencia de taxatividad que procuran encontrar un criterio racional para decidir en qué ocasiones las leyes no respetan esa exigencia. Muchas cosas han sido dejadas de lado en este análisis. Algunas han sido expresamente mencionadas en la introducción y ahora sólo añadiremos que aun cuando tuviésemos una estrategia exitosa para decidir cuándo una ley es suficientemente precisa, el desafío de la taxatividad no puede resolverse sin un análisis adecuado de la naturaleza conceptual de esa exigencia constitucional. En particular, es importante esclarecer si la exigencia de taxatividad es una regla o un principio (65). La diferencia entre ambos modos de regular la conducta es central para evaluar si el legislador cumple con sus deberes institucionales. Las reglas imponen una solución perentoria a los casos a los que se aplican, mientras que los principios dan buenas razones para decidir de una cierta manera. Si la exigencia de taxatividad fuese una regla, entonces es imperioso conocer sus condiciones de aplicación para poder usarla como criterio de corrección de las

---

(65) La distinción entre reglas y principios fue introducida en la discusión contemporánea por Ronald Dworkin como una estrategia de crítica al positivismo jurídico, y desde entonces ha desempeñado un papel principal en el debate entre positivistas y antipositivistas. Al respecto véase: DWORKIN, Ronald, «Model of Rules I», en *Taking Rights Seriously*, pp. 14-45 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977). Aunque la literatura contemporánea es inabarcable, son especialmente interesantes los enfoques de ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 81 ss. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993); ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*, pp. 1-44 (Barcelona: Ariel, 1996); RODRÍGUEZ, Jorge L., *Lógica de los sistemas jurídicos*, pp. 333-419 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002).

acciones normativas del legislador. Por el contrario, si la exigencia de taxatividad fuese un principio, entonces, el legislador podría justificadamente dejarlo de lado en circunstancias en las que la ponderación de principios permitiese dar preeminencia a otros valores constitucionales en juego. En este caso, el desafío de la taxatividad se proyectaría a una nueva dimensión. El problema ya no (sólo) sería acerca de cómo trazar un límite entre leyes penales precisas e imprecisas sino también acerca de cuándo puede el legislador dejar de lado esa exigencia de precisión. En otras palabras, el desafío de la taxatividad no se limitaría sólo a destacar las dificultades semánticas inherentes a la precisión del lenguaje sino que también se proyectaría sobre nuestros medios para decidir racionalmente los conflictos de principios.

# La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal

BEATRIZ GARCÍA SÁNCHEZ

Profesora Titular (i) de Universidad de Derecho Penal de la Universidad  
Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. Introducción y objetivos.—II. Antecedentes y reformas legislativas.—III. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: A) Bien jurídico protegido en el artículo 318 bis. B) Tipo básico. C) Tipos cualificados. D) Tipo atenuado. E) Problemas concursales.—IV. Conclusiones. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN. OBJETIVOS (1)

El tratamiento penal de la inmigración en España se puede abordar desde dos puntos de vista: en primer lugar, desde la perspectiva negativa, lo que abarcaría las medidas represivas, desde un punto de vista penal, que se establecen en nuestra legislación específica contra los extranjeros, como la extradición de extranjeros derivada de la cooperación jurídica internacional y la expulsión como consecuencia jurídica del delito. En segundo lugar, desde la perspectiva positiva de protección de sus derechos, esto es, desde el punto de vista de las medidas que se instauran en nuestro ordenamiento para la tutela de extranjeros, debido fundamentalmente a las situaciones precarias a las que puede verse sometido este colectivo. En este último sentido, cabe

---

(1) Abreviaturas: AP, Actualidad Penal; LO, Ley Orgánica; STC, Sentencia del Tribunal Constitucional; STS, Sentencia del Tribunal Supremo.

centrar la cuestión en los «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», ubicados en el Título XV bis, introducido por LO 4/2000, modificado por LO 11/2003; aunque también se protegen sus derechos en el Título XV, titulado de los «Delitos contra los derechos de los trabajadores», que incluye dentro de su articulado determinados preceptos que se refieren al tráfico ilegal de mano de obra, protegiendo en concreto a los extranjeros; y, por supuesto, también se protegen sus derechos a través de todo el articulado del Código Penal al igual que para los nacionales. Debido a la extensión de la materia que acabo de dibujar en líneas precedentes, el objetivo de este trabajo se va a centrar en el estudio de la normativa penal que se ha adoptado por la LO 11/2003 que, en principio, trata de proteger específicamente a los extranjeros que pudieran ser objeto de tráfico de personas.

Es por todos conocido el problema que se presenta en los países europeos occidentales, y especialmente en España por su situación geográfica, con la inmigración de extranjeros provenientes sobre todo del continente africano, de Iberoamérica y en los últimos años de los países del Este de Europa (2). Esta inmigración se explica principalmente por la pobreza existente en los países de origen y, en definitiva, en la existencia de desigualdades sociales en todo el mundo. Como acertadamente apunta Conde-Pumpido, en este terreno se enfrentan varios intereses que a través de las normativas correspondientes se tratan de reconciliar: por un lado, hay que aludir a la necesidad de proteger los derechos fundamentales de los extranjeros al igual que para los nacionales; por otro lado, están los intereses estatales en los que se constata la necesidad política de controlar los flujos migratorios; para dicho autor es obvio que la capacidad de absorción de los inmigrantes extranjeros por parte de los países occidentales es limitada, y por ello aboga por la solución consistente en fomentar el desarrollo económico, político y social de los países de origen (3). Parece ser ésta la solución más justa y adecuada pero, desgraciadamente, no es imaginable que pueda ser implantada eficazmente a corto plazo para solucionar los problemas existentes en la actualidad sobre la inmigración clandestina. Además ello demandaría un consenso polí-

---

(2) Al respecto, se puede ver un estudio reciente plasmado en un periódico de tirada nacional sobre los extranjeros en Madrid, cuya procedencia en primer lugar por número de inmigrantes se establece de Ecuador, seguido de Colombia, Marruecos, Rumanía..., cfr. *El País*, de 6 de febrero de 2005.

(3) Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 284.

tico internacional inexistente entre los países receptores a la hora de ayudar a los países en vías de desarrollo.

La normativa actual que se está implantando a nivel tanto nacional como comunitario demuestra la posición de los Estados occidentales en el sentido de querer limitar y controlar a toda costa los flujos migratorios a través de políticas restrictivas de acceso a la inmigración legal y represivas, tanto desde el Derecho penal como desde el Derecho administrativo, contra la inmigración ilegal o clandestina. Ello ha demostrado que en muchas ocasiones esta política restrictiva de acceso a la inmigración legal y la represión de la inmigración ilegal no han sido eficaces de cara a disminuir el número de inmigrantes ilegales, y, además, han causado un efecto criminógeno en el sentido que han provocado una cadena compleja de acciones delictivas, fomentando el desarrollo de la delincuencia organizada (4). A diario nos llegan noticias sobre supuestos de tráfico ilegal de personas en España, bien por la llegada en pateras de inmigrantes ilegales, bien por el descubriendo de redes mafiosas encargadas de la explotación de estos sujetos con distintos fines. Ello demuestra que hasta ahora las políticas adoptadas en España no disminuyen estos fenómenos delictivos, sino por el contrario, en ocasiones, los fomentan.

De estas premisas se desprende una de las grandes paradojas que rodean toda la normativa relativa a los extranjeros. Por un lado, se persigue la inmigración clandestina, tanto desde el Derecho penal como administrativo –expulsando al inmigrante ilegal en este último caso–, y se dificulta el acceso a la inmigración legal. Por otro lado, se intenta proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros tipificando conductas en el Código Penal relacionadas con el tráfico de personas en el que no se concretan los derechos a proteger.

Desde esta perspectiva, cabe preguntarse si la lucha contra la inmigración ilegal y contra la vulneración de derechos fundamentales de los extranjeros debe llevarse a cabo a través de estos medios penales represivos que mantiene nuestro ordenamiento, o por el contrario, hay que acudir a otro tipo de medidas. En esta línea cabe destacar la posi-

---

(4) En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 15, 26 ss. Dicha autora expresa que de la situación de ilegalidad del extranjero deviene toda una serie de conductas delictivas como el empleo ilegal de trabajadores, falsificación de documentos, matrimonios falsos, delitos relativos a la prostitución, etc. Cfr. GARCÍA ESPAÑA, E., «La Delincuencia de inmigrantes en España», en LAURENZO COPELLO, P., *Inmigración y Derecho Penal*, Valencia, 2002, pp. 133-159. También, *vid.* SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 20-25.

ción de Reus Martínez, al constatar ese conflicto que se plantea en el fenómeno de la inmigración ilegal: por un lado, la Unión Europea, debido a las bajas tasas de natalidad, necesita la incorporación e integración de los emigrantes; y por otro, esa recepción de emigrantes debe realizarse de manera controlada, para evitar la proliferación de organizaciones criminales que se aprovechan de la pobreza que sufren una gran parte de los inmigrantes ilegales; la esclavitud; las muertes de aquellas personas que por cualquier medio quieren acceder a la sociedad del bienestar, etc. Este conflicto de intereses, como acertadamente apunta dicha autora, se ha de resolver a través de la creación de unos mecanismos adecuados de investigación y persecución de las organizaciones criminales de forma coordinada y mediante acuerdos de colaboración con los países afectados; además demanda un conocimiento de los flujos migratorios y el establecimiento de los contingentes que Europa pueda asumir y que permitan desarrollar una política de integración efectiva (5).

En mi opinión, la lucha contra la criminalidad que rodea todo el fenómeno migratorio pasa por la adopción de otro tipo de medidas, además de las penales, entre las que cabe destacar las de tipo social, consistentes por ejemplo en informar a los futuros inmigrantes sobre el acceso a la inmigración legal en los países de origen; sobre los posibles problemas que se pueden encontrar ante una inmigración ilegal; y de la situación en que se encuentran los inmigrantes ilegales en los posibles países de destino. Ello ayudará al extranjero emigrante a evitar los posibles riesgos que conllevan su traslado ilegal y el sometimiento a las redes mafiosas (6). Además de esa política social se deben de adoptar otras medidas a nivel jurídico, como la flexibilización de la normativa de acceso a la inmigración legal y el control administrativo, policial y judicial sobre los sujetos explotadores de esas situaciones de necesidad y de especial vulnerabilidad en las que se encuentran los inmigrantes. Todo ello junto a la protección penal de los inmigrantes ante la posible vulneración de derechos fundamentales.

---

(5) Cfr. REUS MARTÍNEZ, N., «La Justicia Penal y la Unión Europea, Convenios Existentes. Especial Consideración al Espacio Schengen», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 12, enero-abril, 2002, en [http://www.comadrid.es/pres\\_serv\\_juridicos/revista\\_juridica/numero12/estudio\\_2.htm](http://www.comadrid.es/pres_serv_juridicos/revista_juridica/numero12/estudio_2.htm).

(6) Cabe destacar las propuestas que realiza RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 28 ss., de cara a solucionar los problemas que plantea la inmigración ilegal, partiendo del principio de *ultima ratio* del Derecho Penal; apunta que los Estados deben de optar por una política preventiva y social que tienda al desarrollo económico de las regiones menos favorecidas y evitar la marginalidad del inmigrante, al cual debe tratársele como víctima y no como sujeto sobre el que recaen todas las sanciones administrativas.

## II. ANTECEDENTES Y REFORMAS LEGISLATIVAS

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, introdujo en el Código Penal un nuevo Título XV bis –a continuación de los delitos contra los derechos de los trabajadores–, con la rúbrica de los «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», compuesto por un solo artículo, el 318 bis, modificado a su vez por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integridad social de los extranjeros (7).

La doctrina ha apuntado que el fundamento de la introducción de este nuevo título por la LO 4/2000 se encuentra en que con anterioridad a su tipificación existía en nuestro ordenamiento una laguna legal en el tratamiento del tráfico ilegal de inmigrantes que no pretendían trabajar en España, pues sólo se castigaban conductas de tráfico ilegal de inmigrantes con fines laborales o con una finalidad de explotación sexual (8).

La reforma introducida por la LO 11/2003 mencionada, obedeció, como expresa su Exposición de Motivos, a la necesidad de acomodar nuestra legislación sobre extranjeros a las normativas comunitarias, que se adoptaron al respecto en aras a la armonización, y a las normativas supranacionales. En concreto, tenía como fin ampliar las conductas del artículo 318 bis.1 y el endurecimiento de las penas.

A nivel supranacional cabe destacar que ya la Resolución 1995/10 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instó a los Estados a instaurar leyes penales nacionales para luchar contra todos los aspectos del tráfico ilegal de personas indocumentadas. En esta línea también se situó el Consejo Europeo en su reunión de Tampere de 1999 y el Convenio de Schengen. Este último compromete a las partes contratantes a establecer sanciones que penalicen el cruce no

---

(7) Hay que tener en cuenta que la Ley de extranjería 4/2000, sufrió una modificación por LO 8/2000, de 22 de diciembre, pero que no afectaba a la materia ahora tratada. También la LO 14/2003, de 20 de noviembre, reformó la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ampliando algunas conductas que constituyen infracción administrativa grave referentes a la inmigración clandestina.

(8) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, pp. 287-288. Esta laguna legal fue criticada también por RODRÍGUEZ MESA, M.<sup>a</sup> J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 17. Un ejemplo de esta laguna lo encontramos en la STC 24/2000, de 31 de enero.

autorizado de las fronteras externas y a sancionar a cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en cualquier territorio del espacio Schengen (9).

Posteriormente, en la Unión Europea se adoptaron dos Decisiones Marcos por el Consejo de Europa: Decisión Marco de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI), y la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares (2002/946/JAI), completada con una Directiva de 28 de noviembre de 2002, 2002/90/CE (10).

Cabe destacar algunas notas generales de estos últimos instrumentos mencionados por la relación que supuestamente guardan con la reforma española introducida por la LO 11/2003, según su Exposición de Motivos. Así, la primera Decisión Marco, como analiza Villacampa Estiarte (11), trata de garantizar la punibilidad de una serie de actos pero referidos todos ellos a la trata de seres humanos (comportamientos incluidos en nuestros tipos agravados y recogidos en el artículo 1.1 de la Decisión Marco) y no a la inmigración clandestina (comportamientos incluidos, en mi opinión, en nuestro tipo básico del artículo 318 bis del Código Penal, esto es, el tráfico de personas con la infracción de la normativa nacional sobre entrada y salida de extranjeros). Entre otras medidas, se establece la obligación por parte de todos los Estados miembros de imponer sanciones penales efectivas; en concreto, y respecto a la trata de seres humanos, para el autor de este delito consumado se estipula que las sanciones sean privativas de libertad no inferiores a ocho años cuando se cometan poniendo en peligro la vida de la víctima, cuando se cometan contra víctima especialmente vulnerable, cuando se haya empleado violencia o se haya

---

(9) Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al que se adhiere España el 25 de junio de 1991, ratificado por Instrumento 23 de julio de 1993 («BOE» de 5 de abril de 1994, núm. 81), incorporados al ámbito comunitario por el Tratado de Ámsterdam.

(10) Véase el estudio minucioso sobre tales instrumentos europeos llevados a cabo por VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 194-199.

(11) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 195-196; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», en Quintero Olivares, G., y Morales Prats, F. (Coordinadores), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, 2004, pp. 1633, 1635-1638.

causado a la víctima daños particularmente graves o cuando se cometan en el marco de una organización delictiva.

Por otro lado, la Decisión Marco 2002/946 y la Directiva sí se refieren a la inmigración clandestina y obligan a establecer las sanciones mínimas para determinados comportamientos. La Directiva distingue entre ayuda a la entrada o tránsito con vulneración de la legislación del Estado de que se trate y la ayuda a la permanencia con vulneración de la legislación del Estado respectivo, siempre que en este último caso se realice con ánimo de lucro. Se impone en esta misma Decisión Marco una pena que no puede ser inferior a ocho años de privación de libertad únicamente en los casos de entrada o tránsito con vulneración de la legislación del Estado de que se trate, siempre que el comportamiento se realice con ánimo de lucro, cuando además la infracción se haya cometido como parte de las actividades de una organización delictiva o cuando se haya efectuado poniendo en peligro la vida de las personas que son objeto de la infracción. No se impone mínimo de pena en los casos de ayuda a la permanencia con ánimo de lucro, ni cuando se trate de la ayuda a la entrada o tránsito no producida en tales circunstancias, ni más allá de la conducta del autor (12). Ello viene a colación para demostrar que la normativa introducida por la LO 11/2003, fundamentada en dichos instrumentos europeos, va mucho más allá de lo requerido por la normativa comunitaria y en detrimento de la armonización legislativa entre los países miembros de la UE (13).

Por este motivo y por otras razones que expondré a continuación, el artículo 318 bis del Código Penal, pese que trata de cubrir una laguna legal, ha sido objeto de numerosas críticas. En primer lugar, algunos autores demandaban una regulación por Ley especial y no por el propio Código Penal (14). También se ha criticado su ubicación

---

(12) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 196-197.

(13) Cfr. sobre una crítica a la reforma del 318 bis introducida por LO 11/2003, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 199 ss., en el sentido de que la nueva redacción no soluciona los problemas de la antigua regulación y en algunos casos supone un empeoramiento de la situación.

(14) En este sentido, PÉREZ DEL VALLE, C., «Las reformas de la reforma penal», en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 43, 2000. En contra, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 291, ya que afirma que razones sistemáticas, de congruencia de los tipos, de eficacia preventiva y sobre todo de garantía para los ciudadanos, aconsejan que la totalidad de las normas punitivas se incluyan en el Código Penal, como catálogo único y homogéneo de los delitos y las penas.

sistemática, dado que se encuentran situados dentro de los delitos contra la sociedad, argumentándose que hubiera sido mejor situarlos entre los delitos contra las personas (15). Por otro lado, se critica al legislador el no haber aprovechado la oportunidad para otorgar un tratamiento más sistemático y conjunto, en un único título, a todos los delitos que afectan a los derechos de los ciudadanos extranjeros (16). Además, y con relación a la LO 11/2003, se criticó que en una única Ley de reforma se abordasen cuestiones tan diversas como la seguridad ciudadana, la violencia doméstica y la integración social de los extranjeros (17).

Pero como constataré en el desarrollo del tipo del artículo 318 bis, la más contundente crítica se ha centrado en cuestiones de fondo, esto es, tanto en la delimitación imprecisa que se realiza sobre las conductas típicas y su amplitud, como en la indeterminación sobre lo que en concreto realmente se protege.

### III. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

El artículo 318 bis del Código Penal establece lo siguiente:

«1. *El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.*

---

(15) En este sentido, PALOMO DEL ARCO, A., «Criminalidad organizada e inmigración ilegal», en la obra que recoge la documentación del curso sobre *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 187-188, para quien hubiera sido preferible ubicarlos tras los delitos contra la integridad moral o entre éstos. En contra se pronuncia, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 291, ya que opina que la ubicación sistemática es correcta, atendiendo al fundamento de su tipificación como norma complementadora y superadora de las lagunas derivadas de los límites de la tipificación contenida en los artículos 312 y 313.

(16) En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 18; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, pp. 291-292.

(17) En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 182-183.

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión. 3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. 4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior; que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código. 6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.»

#### **A) Bien jurídico protegido en el artículo 318 bis**

Un problema, y quizás el que más polémica ha suscitado, en torno a esta nueva regulación tanto introducida por LO 4/2000 como por la modificación que realiza la LO 11/2003 sobre el tráfico ilegal de extranjeros, gira en torno a determinar el verdadero bien jurídico que se protege en este nuevo Título XV bis del Código Penal. La discusión está servida por parte del legislador, pues el artículo 318 bis se inserta en el Título cuya rúbrica es la siguiente: «Delitos contra los derechos de los extranjeros». De la rúbrica se debería de interpretar que lo que aquí se está protegiendo son los derechos de los ciudadanos extranjeros, aunque no especifica a qué derechos se está refiriendo. Pero el problema viene dado cuando se analiza el tipo básico, del que se puede desprender que para su comisión no es necesario poner en peligro ningún derecho de los extranjeros en la realización de las conductas allí descritas relacionadas con el tráfico de personas, ni siquiera se exige que sean extranjeros, basta con la realización de determinados comportamientos (muy amplios por cierto) y que se infrinja la normativa administrativa sobre entrada y salida de los ciudadanos. La cuestión tiene importancia, pues afecta a principios arraigados e incuestionables del Derecho Penal, como el principio de mínima

intervención o *ultima ratio* del Derecho Penal y al principio de seguridad jurídica.

De ahí que la doctrina se halle dividida a la hora de determinar el bien jurídico que se está protegiendo: por un lado, se habla de los intereses estatales en el control de los flujos migratorios (así se estaría elevando a la categoría de delito una infracción administrativa) (18), y, por otro, de manera mayoritaria se alude a los bienes personales de los sujetos objeto de este tráfico ilegal, como dignidad humana (19), derecho a la integración social (20), a la protección de los derechos sociales o

---

(18) De esta opinión, ROJO TORRECJIA, *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, Barcelona, 1998, para quien es el único bien jurídico que se protege. En contra CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 294, bajo el argumento de que mantener dicha postura es ignorar al legislador o afirmar su cinismo.

(19) En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp.186-187, quien apunta que la dignidad humana debe considerarse como la base para el ejercicio del resto de derechos, esto es, como impedimento a la consideración de las personas como mercancía, en la interdicción al trato vejatorio que representaba convertir en cosas a los seres humanos. Ello lo fundamenta porque de admitirse la tesis contraria, la protección de los intereses estatales, se infringiría el principio de *ultima ratio* al considerarse suficiente el Derecho administrativo para la protección de dichos intereses. No obstante, dicha autora, al comentar la reforma introducida por LO 11/2003, p. 200, reconoce que dicha interpretación goza cada vez de menor apoyo legal, al seguir manteniéndose dichos delitos tras los delitos contra los derechos de los trabajadores y al incluir en el tipo básico la conducta de inmigración clandestina; no obstante, opina que es preferible seguir manteniendo con la nueva regulación que el bien jurídico protegido sea la dignidad humana de las personas trasladadas; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», en Quintero Olivares, G., y Morales Prats, F. (Coordinadores), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, 2004, pp. 1631-1640-1642. También abogan por la dignidad humana como objeto de protección; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia, 2003, Tirant lo Blanch, pp. 242 ss.; GUANARTEME SÁNCHEZ, «El nuevo delito de tráfico ilegal de personas», en Laurenzo Copello (Coord.), *Inmigración ilegal y derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, Tirant lo Blanch, p. 289.

(20) En este sentido, SERRANO PIEDECASAS, J. R., «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Manuales de Formación Continuada*, núm. 5. El Extranjero en el Derecho Penal español sustutivo y procesal (adaptado a la Ley orgánica 4/2000), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 380; SERRANO PIEDECASAS, «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Laurenzo Copello (Coord.), *Inmigración ilegal y derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, Tirant lo Blanch, p. 332; BAUCELLS I LLADÓS, J., «El Derecho Penal ante el fenómeno migratorio», en *Derecho y Proceso Penal*, 2005-1, núm. 13, pp. 56-58. En contra, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 293, teniendo en cuenta que dicha posibilidad en muchos

políticos de los inmigrantes (21), a la libre circulación (a los derechos del ciudadano extranjero que podría llegar a disfrutar en caso de que se realizara la entrada o tránsito en condiciones de legalidad) (22), y a los derechos que se ponen en peligro por los riesgos que pueden acarrear el proceso de entrada, tránsito y establecimiento ilegal en nuestro país (23). También se ha aludido a la protección de estos derechos de los inmigrantes pero no como derechos individuales sino como colectivo social (posibilidad de acceder a los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los extranjeros que tienen regularizada su situación en España), salvo en determinados tipos agravados (24).

---

casos es ilusoria en la práctica o no es deseada por el extranjero que no puede ser obligado a integrarse, y en los que habría que entender, de ser coherentes, que no existe infracción penal, en sentido material, pese al tráfico ilegal, por no concurrir afectación alguna al bien jurídico protegido por el tipo; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001, ni siquiera considera que la integración social del inmigrante es la *ratio legis* del precepto; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 65-68, quien argumenta que el bien jurídico no puede ser el derecho a la plena integración social porque el inmigrante irregular no sólo carece de ellos, sino que incluso no tiene tan siquiera la expectativa de disfrutarlos, en definitiva, lo que determina la imposibilidad de disfrutar de la plena integración del extranjero es la propia ley y no el fenómeno del tráfico.

(21) En este sentido, NAVARRO CARDOSO, «Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Revista Penal*, núm. 10, 2002, p. 49.

(22) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, pp. 286-287.

(23) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, pp. 292-297, de ahí que afirme que el artículo 318 bis constituya un tipo de peligro abstracto contra los derechos de los extranjeros, como señaló la STS 143/1998, de 5 de febrero. No obstante, dicho autor no desconoce que en el fondo de la cuestión subyace el interés estatal en utilizar el instrumento penal para reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada ínsitas en la legislación migratoria, esto es, un interés puramente político, pues lo contrario sería absolutamente ingenuo.

(24) En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 59, 64, de modo que si el sujeto, por cumplir los requisitos establecidos en la Ley, está en condiciones reales de obtener dicho permiso o autorización, la conducta no supone una afección para el bien jurídico protegido, y consecuentemente, habrá de ser considerada atípica, aunque en p. 85 reconoce que no se puede perder de vista que la finalidad última del legislador con la tipificación del tipo básico del tráfico ilegal de personas es la de ejercer un control sobre los flujos migratorios. En similar sentido, refiriéndose a un bien jurídico de carácter colectivo, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 42-44, 64, 68-75; BAUCELLS I LLADÓS, J., «El Derecho Penal ante el fenómeno inmigratorio», en *Derecho y Proceso Penal*, 2005-1, núm. 13, pp. 56-58.

No obstante, como ya he señalado con anterioridad, en mi opinión resulta paradójico alegar, por un lado, que desde el Derecho penal lo que se intenta es la protección del inmigrante que, en la mayoría de los casos, tiene la condición de ilegal, y de otro, imponer a éste una sanción administrativa como es la expulsión (25). A mi entender, la última interpretación expuesta sobre el bien jurídico protegido que aboga por la protección del inmigrante adolece de un defecto y es que no concreta con exactitud los derechos individuales que pueden verse lesionados como consecuencia del tráfico ilegal, salvo respecto de los tipos agravados.

Otra postura ecléctica es la mantenida por una serie de autores que consideran como bienes jurídicos protegidos tanto los intereses estatales en el control de los flujos migratorios como los derechos de los ciudadanos extranjeros: dignidad humana, libertad y seguridad de dicho colectivo (26) (éstos últimos sobre todo en los tipos agravados en opinión de Palomo del Arco). Respecto de este segundo bien jurídico, a juicio de Rodríguez Montañés constituyen sólo bienes intermedios con función representativa del bien jurídico supraindividual institucionalizado, espiritualizado o de los intereses difusos del orden socioeconómico en sentido amplio (conjunto de condiciones e instituciones básicas para el mantenimiento del sistema socioeconómico vigente, tanto en su aspecto puramente económico como en la dimensión social del mismo), en la medida en que el fenómeno migratorio constituye esencialmente un fenómeno socioeconómico y una cuestión de Estado (27).

---

(25) En este sentido, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, p. 144; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.<sup>a</sup> edición, Valencia, 2004, p. 356.

(26) En este sentido, PALOMO DEL ARCO, A., «Criminalidad organizada e inmigración ilegal», en la obra que recoge la documentación del curso sobre *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001; BARBER BURUSCO, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, 2001; GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *AP*, 2002, núm. 29, p. 732; GUARDIOLA GARCÍA, J., «Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: Comentario a la reciente reforma del artículo 318 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)», en *Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, 2005-1, núm. 13, pp. 16-20, aunque dicho autor señale que el Derecho penal no es el instrumento adecuado para ordenar la política migratoria, su recurso es constitucional en la medida en que dicho bien jurídico viene a ser una determinada expresión del orden socioeconómico diseñado en nuestra Carta Magna.

(27) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001; ello lo sostiene por la ubicación sistemática

Para comenzar a argumentar mi toma de postura sobre el bien jurídico protegido en el Título XV bis del Código Penal, voy a empezar por exponer algunas de las críticas que me suscitan las posturas anteriormente expuestas. Junto con la paradoja que se da en esta materia ya apuntada respecto a los pocos derechos reconocidos a los inmigrantes, por no decir ninguno, al expulsarles de nuestro país, también dicha paradoja está presente cuando se sostiene que desde el Derecho penal a través del artículo 318 bis se protege el derecho a la libre circulación del inmigrante. A este respecto cabe preguntarse: ¿Qué derecho es ése para los ilegales si se les expulsa, devuelve, y se castiga al que ayuda al inmigrante a entrar en nuestro país incluso con fines humanitarios? O cuando se alude a los derechos de los ciudadanos extranjeros que podrían llegar a disfrutar a través de una entrada legal, ¿qué derecho es ése cuando las políticas de entrada y permanencia en territorio español son tan restrictivas que limitan excesivamente la inmigración legal? O cuando se alude a los derechos que se ponen en peligro por los riesgos que pueden llevar aparejados el proceso de entrada, tránsito y establecimiento ilegal en nuestro país ¿es que esos riesgos no lo asume voluntariamente el inmigrante ilegal que se sube a una patera? Y los que no asume voluntariamente ¿no quedarían protegidos en los tipos agravados? ¿Qué ocurre entonces con los riesgos derivados de permanecer en un país hundido en la pobreza y en los que las garantías y derechos fundamentales para el individuo son cuestiones ajena a sus costumbres, políticas y gobiernos? Cabe preguntarse una última cuestión y es la siguiente ¿acaso no estamos castigando indirectamente al inmigrante, al que se pretende proteger, al castigar tan duramente conductas que en principio no parecen poner en peligro bienes jurídicos individuales de los extranjeros?

En definitiva, desde mi punto de vista, en realidad la voluntad del legislador a la hora de tipificar las conductas incluidas en el artículo 318 bis consistía en proteger intereses estatales en el control

---

del precepto, configurándose como delitos de peligro abstracto. En contra de tal consideración, cfr. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, p. 57, pues tal interpretación llevaría a castigar también al inmigrante, además de constatarse en la realidad que el tráfico ilegal afecta sobre todo a los derechos individuales, concretados en mayor o menor medida. Yo creo que tal argumento no es correcto, pues pese a que se afirme que el bien jurídico protegido sea un interés estatal en el control de los flujos migratorios no tiene necesariamente que castigarse al inmigrante, ya que por razones político-criminales y la especial situación de vulnerabilidad de la víctima, en estos casos, no hace necesario el castigo penal, que ya sufren de por sí además de dicha situación, la infracción administrativa.

de los flujos migratorios (28), utilizando el Derecho Penal para la represión de determinadas infracciones que afectan a la entrada y salida ilegal de extranjeros (cuestión que reconocen incluso los autores que defienden como bien jurídico protegido los derechos de los extranjeros como he indicado con anterioridad), confirmando dicha posición el hecho de que en la reforma introducida por la LO 11/2003, se introduce en el tipo básico expresamente la promoción y el favorecimiento a la inmigración clandestina y ya no sólo se hace referencia al tráfico de personas. Esta postura queda avalada también por el hecho de que en el tipo básico no se requiera ninguna puesta en peligro para algún derecho de los extranjeros ni ningún resultado lesivo.

Creo que esta es la interpretación más correcta de *lege lata* pero no de *lege ferenda* como trataré de determinar a continuación. El mantener de *lege lata* que lo que se intenta proteger en el tipo básico son los derechos de los extranjeros, tal y como aparece redactado el artículo 318 bis.1 y siguientes, a mi entender, conlleva problemas prácticos a la hora de determinar el ámbito punitivo de la conducta del tipo básico, pues los derechos de los extranjeros, en mi opinión, donde se protegen realmente es en los tipos agravados, con lo que no imagino una afección a los derechos de los extranjeros sin que concurra alguna de las circunstancias agravantes de los números 2, 3, 4 y 5, salvo los trasladados por motivos humanitarios o altruistas, que no deberían de castigarse penalmente. Con lo que en la práctica se quedaría vacío de contenido el número 1 del 318 bis. Por otro lado, si se sostiene que el bien jurídico protegido en el tipo básico son los derechos de los extranjeros, como la dignidad humana, intereses de un colectivo, la integración social, etc., en la práctica ello conllevaría, en mi opinión, a castigar toda conducta de favorecimiento y promoción a la inmigración clandestina infringiendo la normativa administrativa sobre la entrada y salida del territorio español.

Ahora bien, desde mi punto de vista, de *lege ferenda* esta postura es insostenible. En efecto, el Derecho Penal, en virtud de los principios de *ultima ratio* del Derecho y del principio de proporcionalidad no puede ser el instrumento para proteger esos intereses estatales que se plasman en el control de los flujos migratorios. Hasta ahora ha resultado ineficaz en esta materia el Derecho Penal para ese control y

---

(28) En contra, RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 55 ss., pues afirma que una configuración tal del bien jurídico supondría la consideración del tipo como una mera infracción administrativa elevada a la categoría de delito, y no está de acuerdo en que el interés de la Administración en el control de los flujos migratorios pueda ser elevada a la categoría de delito.

además ha producido un efecto criminógeno como ya he señalado. Habría que acudir a otras medidas de tipo social –información a los futuros inmigrantes con la colaboración internacional de los países de origen– y de tipo jurídico –políticas de fácil acceso a la inmigración legal– para alcanzar ese control de los flujos migratorios adecuado a la capacidad de absorción por parte de los países de destino. El Derecho Penal debería de intervenir en la protección de los derechos fundamentales de los individuos, como personas, ya sean extranjeros o españoles, que pueden verse lesionados como consecuencia del tráfico de personas en los movimientos migratorios cuando son objeto de mercancía su vida, su integridad física, su libertad o su dignidad. Derechos fundamentales que se protegen actualmente, a mi juicio, en los tipos agravados.

Con lo que la conducta del tipo básico actual, a mi juicio, sobraría. Se debería construir un tipo básico en el que el ánimo de lucro deviniese en elemento subjetivo del tipo: se excluirían así las conductas de favorecer y promocionar la inmigración clandestina con fines humanitarios o altruistas. En torno a dicho tipo básico, en el que se partiría de una afección a un bien jurídico de carácter individual, debería preverse conductas agravadas, como la puesta en peligro de la vida o la integridad física de los sujetos pasivos, la explotación de mano de obra, la explotación sexual, la minoría de edad o la incapacidad del sujeto pasivo, el prevalecerse de la condición de funcionario y el pertenecer el sujeto activo a una organización criminal. Esta configuración del bien jurídico protegido requeriría otra ubicación sistemática de este título en el Código Penal, no dentro de los delitos contra la sociedad sino dentro de los delitos contra las personas, pues se estaría tipificando exclusivamente lo que se entiende desde el ámbito internacional por trata de seres humanos.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad también abogaría por la supresión de este tipo básico y por la negación de que el bien jurídico protegido fuera el control de los flujos migratorios, teniendo en cuenta las infracciones administrativas que se prevén desde el Derecho Administrativo. Así, estas infracciones administrativas requieren más elementos para su comisión que el precepto penal del artículo 318 bis.1, ya que aquéllas exigen el ánimo de lucro. De esta manera, la represión actual penal impuesta por el 318 bis abarcaría más conductas de las que son sancionables administrativamente, coincidiendo en muchas ocasiones.

La jurisprudencia no se pronunció sobre el bien jurídico que se protegía en el artículo 318 bis del Código Penal introducido

por la LO 4/2000. Con posterioridad a la reforma introducida por la LO 11/2003, tampoco existen pronunciamientos que de manera clara y coherente declaren el objeto de protección de este tipo. Muy por el contrario, las contradicciones y ambigüedades a las que da lugar la nueva regulación se plasman en las distintas resoluciones jurisdiccionales que tratan de aplicar esta nueva normativa. Por un lado, hay una resistencia clara en declarar que lo que se protege son los intereses estatales; por ello los distintos órganos judiciales fundamentan la reforma en la lucha contra la explotación de los inmigrantes auspiciada por las desigualdades entre países desarrollados y pobres; en la lucha contra las redes mafiosas que giran en torno al fenómeno migratorio; en la protección de la dignidad humana; en la protección del derecho que tiene todo inmigrante legal a alcanzar una plena integración social evitando que se abuse de su situación de necesidad, etc. (29). Fundamentos que, a mi entender, serían aplicables respecto de los tipos agravados pero no para el tipo básico. Pero, por otro lado, como señalaré a continuación, la mayoría de las sentencias recaídas sobre esta materia dictadas en el año 2004, exigen para la aplicación del tipo básico, y por supuesto de los tipos agravados, las conductas de favorecimiento, promoción y facilitación al tráfico ilegal, esto es, al traslado de población a España, en tránsito o fuera de España, infringiendo la normativa administrativa al respecto, sin requerir la prueba de afección a un bien jurídico individual en el caso del tipo básico (30). Parece que la práctica juríspudencial avala la postura aquí mantenida de *lege lata* sobre el bien jurídico protegido en el tipo básico, esto es, los intereses estatales en el control de los flujos migratorios.

---

(29) Cfr. Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, de 18 de diciembre de 2003 y de 30 de julio de 2004; de la Audiencia Provincial de Melilla, de 6 de mayo de 2004 y de 15 de diciembre de 2004; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 1 de julio de 2004 y de 30 de octubre de 2004, y de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de noviembre de 2004.

(30) Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 24 de mayo de 2004, en la que se niega la existencia del delito del artículo 318 bis, pues el traslado de población inmigrante se hizo desde Cádiz a Almería, y por tanto, no consta que los sujetos enjuiciados hubieran participado colaborado en la entrada ilegal a territorio español. Este supuesto plantea la contradicción manifestada en las distintas resoluciones, pues el traslado de población inmigrante, que ha llegado de manera ilegal a España, desde Cádiz a Almería con ánimo de comerciar con ellos, de explotarlos y de aprovecharse de su especial situación de vulnerabilidad no fundamenta la aplicación del 318 bis, lo que confirma la postura aquí mantenida. En similar sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 18 de junio de 2004.

## B) Tipo básico

El artículo 318 bis. 1 del Código Penal establece lo siguiente:

*«El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión»* (31).

Como ya se ha señalado por parte de la doctrina la estructura de dicha disposición es la de configurarse como una norma penal en blanco, pues la legalidad o ilegalidad de dicho tráfico se determina al margen del Derecho Penal: en concreto, se determina por la LO 4/2000, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España (32).

La reforma introducida por LO 11/2003 del 318 bis. 1, se centra fundamentalmente en los siguientes puntos: se agravan las penas del tipo básico; y se amplía más aún la conducta típica del tipo básico, incluyéndose los comportamientos de ayuda a la inmigración clandestina.

Comenzando por el análisis del tipo objetivo hay que señalar, en primer lugar, que el sujeto activo de este delito puede ser cualquiera, salvo la autoridad, agente de ésta o funcionario público, pues su conducta daría lugar al tipo agravado. Por ello, el 318 bis. 1 es un delito común. No obstante, se debe indicar que desde el punto de vista penal no se castiga al inmigrante ilegal, si bien éste será sancionado administrativamente con la expulsión.

La cuestión de determinar el posible sujeto pasivo de este delito no está tan clara, pues en este punto la doctrina se halla dividida. Por una parte, se aboga por la postura de no requerir ninguna cualidad especí-

---

(31) Según la modificación introducida por LO 11/2003. El anterior texto del tipo básico del artículo 318 bis introducido por LO 4/2003 era el siguiente: «*1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*». Sobre el iter parlamentario de introducción del 318 bis en la LO 4/2000, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 183-185.

(32) En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.<sup>a</sup> edición, Valencia, 2004, p. 356. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de León 81/2003, de 19 de noviembre. En contra, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 81-87, para quien la ilegalidad del tráfico no se refiere a la infracción de la normativa administrativa sobre entrada, permanencia y salida, sino a la realización del traslado en términos tales de poder afectar a los derechos de los ciudadanos extranjeros, teniendo en cuenta la rúbrica.

fica en el sujeto pasivo, de tal manera que puede ser cualquiera (33): dicha postura se sustenta por el tenor literal del artículo 318 bis. 1. La otra postura al respecto, mayoritaria, defiende que el sujeto pasivo del delito sea el extranjero no comunitario, pese al tenor literal del precepto: se afirma que la rúbrica «delitos contra los derechos de los extranjeros» y razones sistemáticas fundadas en la norma legal que ha introducido el precepto, ley especial dedicada a los extranjeros, abogan por tal limitación del sujeto pasivo del 318 bis.1 (34).

De esta última postura se hace partícipe Villacampa Estiarte, aunque opina, acertadamente a mi entender, que si el artículo 318 bis se refiere a la trata de seres humanos no deberían de restringirse el círculo posible de sujetos pasivos a los extranjeros, como no lo restringe ni la normativa internacional ni la comunitaria; no obstante, debido a la rúbrica del título donde se inserta el artículo 318 bis, parece que sólo pueden ser extranjeros los sujetos pasivos (35).

Desde la postura aquí mantenida sobre el bien jurídico protegido en el tipo básico, el sujeto pasivo del delito sería el Estado, pues es el titular de los intereses que se protegen realmente. No obstante, el hecho de que en la reforma introducida por LO 11/2003 se relacione esas conductas incriminadas con la inmigración clandestina parece

---

(33) En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.<sup>a</sup> edición, Valencia, 2004, p. 357, quien apunta que en los casos de tráfico ilegal desde España puede ser también un español, siempre y cuando la conducta se realice con destino a un país fuera de la Unión Europea; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp.96-97, bajo el argumento que el español pueden ser considerado con relación al tráfico como ciudadano extranjero (en cuanto que se encuentre en territorio extranjero o su tráfico se dirija a territorio extranjero).

(34) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 302; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 72-73; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 189-190. Las distintas resoluciones judiciales también se han pronunciado en este sentido, al requerir que el sujeto pasivo del 318 bis sea un extranjero, quedando excluidos a quienes no sea de aplicación la normativa administrativa en la materia, cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 20 de octubre de 2000; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 29 de junio de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 30 de junio de 2004.

(35) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 203-204; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (Coordinadores), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, 2004, p. 1649.

confirmar que se está pensando en un objeto material concreto: en el extranjero, pues para los españoles no está restringido el derecho a la entrada o tránsito al territorio español. Esta es la postura que en mi opinión mejor se ajusta a la interpretación que defiendo de *lege lata* sobre el bien jurídico protegido y la conducta típica.

Respecto de las conductas típicas que abarcaría el tipo básico del 318 bis, lo primero que cabe destacar es su amplitud. Como se desprende del tenor literal del precepto, en principio, cualquier conducta relacionada con el tráfico ilegal de personas quedaría abarcada por el tipo. De ahí que se afirme que es un tipo en el que se adopta un concepto unitario de autor, al elevar conductas de participación (favorecer, facilitar) a tipos de autoría. También se ha afirmado que es un tipo de mera actividad, tipo de consumación anticipada (en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, 103/2000, de 20 de octubre) (36). La posibilidad de admitir formas de imperfecta ejecución o de complicidad se reduce considerablemente debido a la amplitud de las conductas que quedan incriminadas en este tipo; de ahí que algún autor y alguna decisión jurisdiccional han negado tales posibilidades (37). No obstante, de manera mayoritaria no se veda tales apreciaciones (38). La

---

(36) En tal Sentencia se condena a un sujeto por el artículo 318 bis. 1, por constituir un acto de promoción o favorecimiento al tráfico ilegal de personas el ocultamiento de un inmigrante en el interior de un colchón, cuyo delito quedó consumado aunque no lograra llegar a la Península, al haber sido interceptado en Ceuta, pues la finalidad de trasladar a una persona en esas condiciones no era otra que eludir los controles y los requisitos de entrada que establece la legislación administrativa.

(37) En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.<sup>a</sup> edición, Valencia, 2004, pp. 357-358 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, de 15 de diciembre de 2004, en donde se declara tajantemente que no cabe la tentativa. En similar sentido y respecto a las formas de imperfecta ejecución se ha pronunciado, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 92-94, 100, quien, no obstante, requiere para la consumación del delito el inicio del tráfico, con lo que los actos preparatorios quedarían impunes como ofrecer el viaje, organizar el viaje, etc., ello con la finalidad de limitar la amplitud del tipo.

(38) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 305; RODRÍGUEZ MESA, M.<sup>a</sup> J., *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 61 ss., 74, 86-87, quien requiere para la consumación la puesta en marcha del desplazamiento de los extranjeros, cabiendo tentativa en todos aquellos casos en los que el movimiento migratorio no se produce por causas independientes a la voluntad del sujeto. Respecto de la complicidad, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 92-94, 100, la admite para aquellos sujetos que contribuyan de una manera no significativa en cuanto a la creación o mantenimiento de las condiciones de ilicitud en el traslado; por el contrario, las contribuciones signi-

jurisprudencia también ha calificado al tipo del 318 bis como tipo de peligro abstracto (39).

Esta ampliación desmesurada del tipo ha sido criticado por la doctrina, en el sentido de que va en contra del mandato de certeza, determinación y proporcionalidad (40). A juicio de Muñoz Conde las conductas típicas están descritas de tal forma que abarquen toda intervención en el tráfico, por lejanas que estén del mismo (de estructura muy parecida a las del narcotráfico), con lo que es superflua la expresión directa o indirectamente, y con ello se convierten en delito consumado y en conductas de autoría actos como el comenzar el transporte a España de un grupo de emigrantes clandestinos, o incluso el de comprar una patera o contratar a las personas que deben manejarla (41).

---

ficativas respecto a la ilicitud del tráfico (vulneración de los derechos de los extranjeros) constituirán conductas de participación elevadas a conductas de autoría por el 318 bis. 1. En este último sentido se pronuncia la STS de 26 de diciembre de 2003, en la que se califica la participación de un acusado como complicidad del artículo 318 bis por haber colaborado en la recepción en España de muchos compatriotas, al alquilarles la casa y darles la manutención con conocimiento de su situación de irregularidad. También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de noviembre de 2004, establece que pese a ser un delito de mera actividad que dificulta la apreciación de formas de participación o de tentativa, este tipo no las impide de forma absoluta.

(39) En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, de 15 de diciembre de 2004.

(40) Entre otros, SERRANO PIEDECASAS, J. R., «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Manuales de Formación Continuada*, núm. 5. El Extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la Ley orgánica 4/2000), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 390; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 88-91, quien apunta que la amplitud de las conductas está justificada desde un punto de vista material pero no dogmático, teniendo en cuenta el principio de legalidad y proporcionalidad; propone limitar dicha amplitud acudiendo al criterio del bien jurídico protegido, de tal manera que serán típicas sólo aquellas conductas que presenten cierta idoneidad para propiciar las privaciones de los derechos de los extranjeros que hacen ilegal el tráfico; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F. (Coordinadores), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, 2004, pp. 1648-1649, quien propone una interpretación del tipo lo más restrictiva posible, exigiendo en todo caso la afectación a un bien jurídico individual como es la dignidad humana. No obstante, la jurisprudencia ha interpretado ampliamente el artículo 318 bis, incluso antes de su última modificación, no exigiendo ni siquiera que conste que los condenados hubiesen tenido relación con quienes los han introducido ilegalmente en España (STS de 17 de septiembre de 2003, RJ 2003/6505).

(41) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.<sup>a</sup> edición, Valencia, 2004, pp. 357-358.

Por el contrario, según Villacampa Estiarte los adverbios directa e indirectamente introducidos en la reforma de la LO 11/2003, responden quizás a la Directiva 2002 y a la Decisión Marco 2000/629, al significar que tanto la instigación como la complicidad y la tentativa sean punibles con relación a los comportamientos en ellas descritos; pero constata dicha autora que la normativa española va más allá que la comunitaria, pues ésta no exige que la pena correspondiente a estas formas de delinquir sea idéntica a la que correspondería al autor del delito consumado; de ahí que afirme dicha autora que el tipo del 318 bis sigue configurándose como un tipo de consumación anticipada y con un concepto unitario de autor, que la normativa comunitaria no exige (42).

En mi opinión, de acuerdo con el tenor literal del precepto, en el que se elevan a categoría de autor conductas de participación y en el que no se exige la producción de algún resultado ni siquiera la puesta en peligro de derechos individuales, se debe interpretar de *lege lata* que cualquier conducta de promoción, facilitación o favorecimiento al tráfico ilegal o inmigración clandestina consuma el tipo del artículo 318 bis, con lo que no se exige ni siquiera para tal consumación que se inicie el tráfico o la inmigración clandestina. Otra cosa es que de *lege ferenda* se defienda esa restricción del tipo en aras a respetar los principios de *ultima ratio* y proporcionalidad, pero según la regulación actual creo que dicha interpretación restrictiva va más allá del tenor literal y de la voluntad del legislador.

En todo caso, dichas acciones (promover, favorecer o facilitar el tráfico desde, en tránsito o con destino a España, que no la permanencia (43) deben de ir conectados con otros dos conceptos que habría que delimitar para saber exactamente cuando estamos ante la comisión de estos delitos y para perfilar concretamente lo que se está protegiendo. Dichas conductas (promover, favorecer, facilitar) deben de referirse a un acto de «tráfico ilegal» o a la «inmigración clandestina». Conceptos en los que no se ha alcanzado un consenso en la doctrina a la hora de definirlos, sobre todo respecto de lo que debe entenderse

---

(42) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, p. 203; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (Coordinadores), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, 2004, pp. 1648-1651.

(43) En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.<sup>a</sup> J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 69; GUARDIOLA GARCÍA, J., «Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: Comentario a la reciente reforma del art. 318 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)», en *Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, 2005-1, núm. 13, pp. 21-22.

por «tráfico ilegal» de personas o de extranjeros. Ello debido también a que las distintas normas internacionales que regulan conductas relacionadas con este tipo de delitos no utilizan de forma homogénea los diferentes términos a la hora de castigar dichas conductas. Así, tanto en los Protocolos de la ONU contra el tráfico de personas como en la normativa comunitaria no hay uniformidad a la hora de definir los términos de trata de personas, tráfico de personas e inmigración clandestina (44).

En este último punto cabe destacar dos posturas claramente diferenciadas: Por un lado, la de aquellos que identifican tráfico ilegal con la trata de personas (diferenciando dichas conductas de la inmigración ilegal), es decir, el traslado poblacional producido en circunstancias que atentan contra la dignidad de los trasladados, libertad sexual, etc., incumpliendo las normas que regulan tanto el cruce de fronteras como la permanencia de ciudadanos extranjeros, bajo el argumento de que lo que se protege en este título, según la rúbrica, son los derechos de los extranjeros y no los intereses estatales (45). Y por otro lado, la postura mantenida por parte de la doctrina (46), que incluía ya en la regulación del artículo 318 bis según la LO 4/2000, en el concepto de tráfico ilegal cualquier traslado de inmigrantes infringiendo la norma-

---

(44) Cfr. Sobre el concepto de dichos términos en los instrumentos internacionales, RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 19-21; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F. (Coordinadores), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, 2004, pp. 1645-1648; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 195-198, 200-202. El término tráfico es utilizado por el Protocolo contra el Tráfico de Inmigrantes por Tierra, Mar y Aire a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, pero la normativa europea no suele aludir a dicho término, sino que distingue entre inmigración ilegal y trata de seres humanos.

(45) En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 188, 189; LEÓN VILLALBA, de, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia, 2003, Tirant lo Blanch, pp. 20 ss y 61; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 81-87. Esta interpretación es, en mi opinión, difícilmente sostenible tras la reforma de 2003, que castiga el tráfico ilegal al igual que la inmigración clandestina.

(46) En este sentido: SERRANO PIEDECASAS, «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en LAURENZO COPELLO (Coord.), *Inmigración ilegal y derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, Tirant lo Blanch, p. 334; RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 63; GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *AP*, 2002, núm. 29, p. 739.

tiva administrativa sin necesidad de que se produzca en circunstancias determinadas, esto es, identificaban tráfico ilegal con inmigración clandestina, pese a que dicha amplitud era criticado por esta parte de la doctrina. Esta última postura se fundamenta en la tipificación de los tipos agravados en los que se incluía y se incluyen las conductas de trata de personas.

Las distintas resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre la aplicación del artículo 318 bis, se hacen partícipe del último criterio anteriormente planteado, pese a que no se reconozca que el bien jurídico protegido sean los intereses estatales en el control de los flujos migratorios. De esta manera, incluso antes de la reforma por la LO 11/2003 (47), los distintos órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar el tipo básico y los correspondientes tipos agravados, entran en el examen de si estas conductas de promoción y ayuda se refieren a la entrada –tránsito o salida– en territorio español infringiendo la normativa administrativa (48); así, si la entrada en territorio español ha sido conforme a las leyes administrativas, se ha negado la aplicación del artículo 318 bis (49); también se ha negado su aplicación si no se

---

(47) Cfr. Sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 16 de junio de 2003 y de 13 de enero de 2003. También las Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, de 13 de marzo de 2001 y de 26 de junio de 2002.

(48) Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 9 de diciembre de 2003, en la que sí se aprecia dicha conducta debido a que el inmigrante pretendía pasar la frontera ayudado por otras personas sin la documentación necesaria; Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, de 6 de mayo de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 30 de julio de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de noviembre de 2004.

(49) En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 19 de noviembre de 2003, en la que se niega la existencia de tal delito pues los inmigrantes llegaron al Aeropuerto de Barajas con la documentación reglamentaria de turistas, pasaporte, con lo que entraron de forma legal en España. En contra de tal postura, minoritariamente se adopta por algunas resoluciones judiciales un concepto amplio de tráfico ilegal, en el que no se requiere que la entrada en territorio español sea incumpliendo la normativa administrativa, quizás porque se intenta castigar aquellas conductas de ayuda a la entrada aparentemente legales, pero que dan lugar a una serie de abusos para los extranjeros por parte de residentes españoles. En este último sentido, se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de diciembre de 2003 y Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de diciembre de 2003, ambas aplicando la normativa anterior a la reforma por LO 11/2004, en las que se castiga por delitos contra los derechos de los extranjeros, a sujetos, previamente concertados con determinadas agencias de viajes en los países de origen, que recogían a los inmigrantes que llegaban a territorio español, tanto al Aeropuerto como a una estación de autobuses, documentados, para cobrarles por un alojamiento y manutención en condiciones precarias y les prometían a cambio de una cantidad de dinero buscarles trabajo y arreglarles los papeles. A mi juicio, estas conductas no encajarían propiamente en el 318 bis sino en otros tipos penales, como tratos degradantes, estafas

demuestra que esas conductas han favorecido a la entrada ilegal en territorio español (50).

En mi opinión esta es la postura que debe mantenerse de *lege lata* sobre todo tras la reforma de la LO 11/2003, pues expresamente se recoge en el tipo básico la ayuda a la inmigración clandestina y creo que ésta debe identificarse con las conductas de tráfico ilegal (51), si no se quiere castigar con la misma pena conductas de distinta gravedad (traslado de población ilegal en comparación con el traslado de población ilegal atentando a bienes jurídicos personales, como la dignidad humana, la libertad sexual, etc.) (52).

No obstante, la doctrina sigue resistiéndose, aun después de la reforma, a no exigir la afección de bienes jurídicos de los extranjeros para delimitar la conducta típica del artículo 318 bis 1. Así por ejemplo, Villacampa Estiarte propone una interpretación para evitar el concepto formal del tipo básico: y es que dicha conducta se realice con el abuso de una situación de necesidad, elemento del tipo básico que podría entenderse implícito. Dicha interpretación vendría apoyada, en opinión de dicha autora, por la desaparición de dicha circunstancia como una de las agravantes contenidas en el anterior artículo 318 bis (53).

---

fas, etc. Como se puede observar, la delimitación de la conducta típica por la jurisprudencia incurre en el casuismo, aplicando unas veces de manera restrictiva el tipo básico, otras de manera amplia.

(50) Cfr. Sentencias de la Audiencia Provincial de Almería, de 24 de mayo y de 18 de junio de 2004, en las que se absuelven a los sujetos en cuestión porque se acredita su colaboración en los traslados de inmigrantes de Cádiz a Almería, pero no consta que facilitaran la entrada ilegal en el territorio español, aunque facilitaran la permanencia ilegal. En cambio la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 29 de junio de 2004, señala que el tipo básico consisten en cualquier conducta de favorecimiento de la inmigración ilegal, ya se ejecuten para facilitar la entrada en cualquier parte del territorio español, o para su *traslado entre dos puntos de éste o hacia el territorio de otro Estado*, en todo caso tratando de eludir o habiendo eludido los requisitos de entrada en España que la legislación administrativa establece.

(51) En contra, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp.58-59.

(52) Como ocurre con la interpretación mantenida después incluso de la reforma por Ley 11/2003 por VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 200-202, quien delimita las conductas de tráfico ilegal, identificándolas con la trata de seres humanos (comportamientos atentatorios contra la dignidad humana) mientras que el concepto de inmigración ilegal se referirá a los movimientos transfronterizos que no atentan contra bienes jurídicos individuales sino contra el cumplimiento de las normas administrativas acerca de la entrada y permanencia de extranjeros, reconociendo, no obstante, que tal distinción no sirve para delimitar el tipo básico.

(53) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14,

Yo creo que tal interpretación no es adecuada por varios motivos: primero, sería desproporcional equiparar con las mismas penas el tráfico de personas que supone vulneración del derecho del extranjero a la dignidad con las conductas de inmigración clandestina en las que únicamente se protege el interés estatal en el control de los flujos migratorios; en segundo lugar, sería muy difícil distinguir este tipo básico de tráfico ilegal en el que se protegerían los derechos individuales del extranjero con los tipos agravados en los que sí se protegen éstos de una manera expresa; además, la mayoría de las conductas de favorecimiento y promoción a la inmigración clandestina que supongan un abuso de una situación de necesidad darían lugar a la aplicación de los tipos agravados.

No obstante, estoy de acuerdo con Villacampa Estiarte de que existe el peligro de que una interpretación del artículo 318 bis. 1 demasiado apegada a los movimientos migratorios ilegales pudiera evitar la inclusión en el mismo de comportamientos que podrían constituir auténticos supuestos de trata de personas con finalidad de explotarlas, sin necesidad de integrar formas de inmigración ilegal; por ejemplo, los que afectaran a nacionales de países de la UE o a nacionales del propio país donde se produce el tráfico, e incluso a nacionales de terceros Estados que entraran en territorio de la Unión cumpliendo formalmente con los requisitos administrativos pero siendo materialmente víctimas del tráfico. La referida dificultad, en opinión de dicha autora, podría solventarse por la vía interpretativa, aunque no sin dificultades, a juzgar por la rúbrica del Título XV bis (54). De ahí que de *lege ferenda* se abogue en este trabajo por una interpretación en la que las conductas a incriminar se refieren no tanto a las infracciones administrativas sobre entrada, tránsito o salida del territorio español, sino a la afección de bienes jurídicos de carácter individual que pueden lesionarse como consecuencia del fenómeno migratorio. Pero de *lege lata*, a la vista del tenor de los preceptos y de la práctica jurisprudencial creo que no es sostenible dicha interpretación.

---

pp. 202-203; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F. (Coordinadores), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, 2004, pp. 1647-1648.

(54) VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, p. 206; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F. (Coordinadores), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, 2004, pp. 1651-1652.

La interpretación que aquí se defiende de *lege lata*, no obstante, presenta otras críticas de las que hay que ser consciente de cara a una futura reforma del precepto. Así, a mi juicio, infringe el principio de *ultima ratio* del Derecho y el principio de proporcionalidad como ya he señalado, e implica castigar las conductas de favorecimiento, promoción a la inmigración clandestina con fines altruistas o humanitarios, cuestión que parece ser rechazada por la mayoría de la doctrina.

Sin embargo, se debe señalar que desde las instancias políticas protagonistas de las reformas del Código Penal en esta materia, siempre se justificaba la incriminación de las conductas relacionadas con el tráfico de personas, en la afectación de los derechos de los ciudadanos extranjeros: es decir, la lucha contra la inmigración ilegal se justificaba por entender que los «únicos beneficios que del mismo se derivan son los que aprovechan a las redes de traficantes de seres humanos, a quienes comercien con el trabajo de las personas en régimen de semiesclavitud, y, en definitiva, a los que han encontrado en la inmigración ilegal una lucrativa fuente de ingresos» (55) (argumentos que, a mi juicio, justificarían los tipos agravados pero no el tipo básico); y en segundo término, se reconoce también que la lucha contra la inmigración ilegal, es además, una de las formas más eficaces para poder ir generando flujos legales y ordenados (56).

Por todas las críticas que merece la regulación actual del artículo 318 bis. 1 se propone de *lege ferenda* una reforma del Título XV bis para adecuarla a los principios que deben regir el Derecho Penal, *ultima ratio*, proporcionalidad, seguridad jurídica, prevención, etc., en el sentido de que se configure un tipo básico, en el que se castiguen conductas de autoría propiamente dicha, o a lo sumo de coautoría, y en las que se exija la afección a bienes jurídicos personales de los sujetos que pueden ser objeto de un tráfico de personas. Ello, en mi opinión, bastaría con que se exigiese como elemento del tipo básico un elemento sujeto específico como es el ánimo de lucro (57) (que

---

(55) GONZÁLES, J. I., «Política de Extranjería», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, IV, 2003, *Extranjeros y Derecho Penal*, pp. 16, 18, 23, 27, 28.

(56) En este sentido, GONZÁLES, J. I., «Política de Extranjería», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, IV, 2003, *Extranjeros y Derecho Penal*, pp. 16, 18, 23, 27, 28, quien señala además que las reformas penales se ajustan a los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión Marco del Consejo, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular.

(57) Ello porque el ánimo de lucro es lo que realmente hace merecedora de sanción penal dichas conductas y no las que se hagan con fines altruistas o humanitarios, además, la realidad demuestra que es difícil imaginar un favorecimiento o ayuda a un inmigrante ilegal abusando de su situación de necesidad sin ningún fin lucrativo.

actualmente configura el tipo agravado). Además sería adecuado y conveniente no conectar dichas conductas exclusivamente con la inmigración ilegal, para abarcar otros supuestos de trata de seres humanos en los que no hay infracción de la normativa administrativa sobre entrada y salida del territorio nacional. Además eso evitaría problemas relacionados con la duplicidad de la infracción penal y la administrativa, que tendría que ser evitada en virtud del principio constitucional del *ne bis in idem*. Una buena técnica legislativa exige que la infracción penal sea distinta a la correlativa administrativa: bien porque el precepto penal protege un bien jurídico distinto, bien porque a la infracción administrativa se le añade un plus de desvalor que da lugar a la infracción penal.

En torno a este tipo básico se tendría que configurar tipos agravados por la concurrencia de determinadas circunstancias específicas que justificaran el aumento de penalidad, como la puesta en peligro de la vida o la integridad física de las personas, el empleo de violencia o intimidación, la explotación sexual, ser la víctima menor de edad o incapaz, pertenencia a organización criminal, etc. De esta manera, sí se podría afirmar que el Derecho Penal estaría protegiendo derechos individuales de las personas que pueden ponerse en peligro en las conductas de trata de seres humanos, que es, en mi opinión, lo penalmente relevante. Ello implicaría un cambio sistemático del actual Título, trasladándolo al correspondiente a delitos contra las personas (58).

Esta necesaria reforma se pone de manifiesto en las distintas resoluciones judiciales que aplicaron el artículo 318 bis según la redacción ofrecida por la LO 11/2003. La mayoría de dichos pronunciamientos, o por lo menos gran parte de ellos, se refieren a los casos más dramáticos de inmigración clandestina, como es la introducción de personas en territorio nacional a través de las conocidas «pateras», dando lugar en estos casos a la aplicación de los tipos agravados, puesto que en estos casos siempre se vulnera algún derecho fundamental de los sujetos pasivos. El tipo básico se ha aplicado en contadas ocasiones, sobre todo en aquellos casos en los que no puede demostrarse la existencia

---

(58) En parecidos términos se expresa VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 207-208, quien propone que habría que diferenciar las conductas de trata de personas que se deberían de incluir entre los delitos contra la integridad moral, de los actos relacionados con la inmigración clandestina que se deberían de ubicar entre los delitos económicos por referirse a la afección de la política de flujos migratorios, ya que desde la normativa comunitaria también cabe deducir que puede constituir materia penal la protección de los intereses estatales.

de ánimo de lucro, que son muy frecuentes en la práctica. Quizás sea este el fundamento de configurar tal y como está por parte del legislador este tipo básico, para incriminar las conductas que «posiblemente» lesionan bienes jurídicos personales (conductas de tráfico ilegal en las que se sospecha que media ánimo de lucro), pero no es posible probar esa afección en el juicio. Así se ha subsumido en el tipo básico el caso de introducción de un inmigrante ilegal en territorio español en un coche oculto en el lugar natural destinado al depósito de combustible (59). No obstante, cuando el favorecimiento consiste en la introducción en territorio español de inmigrantes por medio de vehículos a motor la jurisprudencia vacila entre aplicar el tipo básico y el tipo atenuado, como analizaré con posterioridad, quizás consciente de la desproporcionalidad de penas impuestas por el legislador del año 2003. Esta puesta en práctica de los tipos parece apoyar la postura aquí mantenida de *lege ferenda*, el tipo básico se queda prácticamente vacío de contenido, pues la jurisprudencia aplica los tipos agravados y los tipos atenuados, además porque en la práctica aquéllos constituyen las conductas más frecuentes y más reprochables, y por tanto, merecedoras de sanción penal.

Respecto del tipo subjetivo del artículo 318 bis. 1 del Código Penal se exige el dolo, que estará constituido por el conocimiento de la ilegalidad del tráfico de personas y por la voluntariedad o finalidad de la conducta dirigida a promover, favorecer o facilitar tal tráfico (60). Según Serrano Piedecasas el tipo requiere dolo directo «dado que estamos aquí ante una figura harto necesitada de restringir su ámbito de aplicación» (61).

---

(59) Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, de 6 de mayo de 2004, en este supuesto no se probó el ánimo de lucro ni ninguna otra circunstancia cualificativa de la responsabilidad penal y se le impuso al sujeto conductor de dicho vehículo una pena de cuatro años de privación de libertad. Pena, a mi entender, totalmente desproporcionada.

(60) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 302.

(61) SERRANO PIEDECASAS, J. R., «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Manuales de Formación Continuada*, núm. 5. El Extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la Ley orgánica 4/2000), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 390. En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 74, quien apunta que dogmáticamente cabe la comisión con dolo eventual, pero desde el punto de vista de la política-criminal no es conveniente admitirlo; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 99-100.

Rodríguez Montañés, afirma que el error sobre los presupuestos objetivos que fundamentan la ilegalidad es un error de tipo del artículo 14.1 que conlleva la impunidad, pues la imprudencia no está castigada. Si se trata de un error sobre la propia ilegalidad o de un error de subsunción, ha de tratarse como un error de prohibición del artículo 14.3: así, si una persona facilita el viaje a España a otra creyendo que esta última tiene permiso de trabajo y residencia, cosa que es falsa, se trataría de un error de tipo; si lo que desconoce es que facilitar la venida de inmigración ilegal es ilegal, estamos ante un error de prohibición (62).

Sobre la prueba de este elemento subjetivo del delito –conocimiento de la ilegalidad del tráfico de personas y voluntariedad o finalidad de la conducta dirigida a promover, favorecer o facilitar el tráfico–, hay que destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, 38/2001, de 19 de febrero de 2001. En esta resolución se niega que concurra dicho elemento debido a que de los hechos no se puede deducir que el acusado conociera que estuviera favoreciendo el tráfico ilegal de la persona que viajaba en su vehículo, pues no utilizó ningún sistema de ocultación frente a la policía, ya que viajaba como copiloto. No sucede lo mismo en la Sentencia de la misma Audiencia, 103/2000, de 20 de octubre, en la que sí se afirma la existencia de ese elemento subjetivo debido a que el ilegal iba oculto entre colchones en un agujero previamente realizado en la baca del vehículo del acusado, negándose éste a que fuera su vehículo inspeccionado por la Guardia Civil. Además, estaba el hecho de que el vehículo estaba en un parking y el ilegal no tenía conocimiento del destino de dicho vehículo si no había sido previamente informado por el conductor. En resumen, los órganos judiciales parten de los datos objetivos (como la forma en que se lleva a cabo el traslado) para constatar la existencia de este elemento subjetivo del tipo, el dolo.

Las penas para el tipo básico y también para los agravados han sufrido una importante agravación a partir de la modificación introducida por la LO 11/2003, llegando a preverse un marco penal para el tipo básico de una pena privativa de libertad de 4 a 8 años. Respecto de esta modificación, se ha criticado la desproporción de penas que supone con relación a las previstas en la normativa comunitaria, lo que a mi juicio contribuye a la no armonización entre las distintas normativas de los Estados miembros (63). Como he señalado con anterioridad, las penas

---

(62) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001.

(63) En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 204-205.

mínimas que imponen las Decisiones Marcos son de ocho años pero para los supuestos respecto de los cuales nuestro Código Penal los tipifica como subtipos agravados, con lo que el mínimo de pena exigido en la normativa comunitaria se cumple según nuestra legislación ya en el tipo básico. De ahí que Villacampa Estiarte justifique la novedosa previsión del tipo atenuado del 318 bis, en las penas tan desproporcionales previstas para el tipo básico y para los tipos agravados, además de para incluir los supuestos cuya finalidad del tráfico sea de carácter altruista o humanitario, aunque en tales supuestos quizás lo que habría que plantearse sea su irrelevancia penal, teniendo en cuenta además que eso es lo que se recomienda en la Directiva 2002/90 en los supuestos de ayuda a la entrada o al tránsito de ilegales (64).

En definitiva han sido tales las críticas vertidas por la doctrina sobre todo en lo que se refiere a la delimitación del tipo básico del 318 bis, mayores que respecto de los tipos agravados, que se deben tomar en serio las distintas propuestas adoptadas por la doctrina de *lege ferenda* para una futura reforma de dicha normativa.

### C) Tipos cualificados

La Ley Orgánica 11/2003 también ha introducido modificaciones respecto de la regulación de los tipos agravados del 318 bis (65) y ha previsto un nuevo tipo atenuado (66). Dicho artículo estipula lo siguiente:

---

(64) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 204-205. De esta misma opinión, RELAÑO PASTOR, E., «*¿Sancionar al Inmigrante o Proteger las Fronteras?: Un análisis crítico de la Ley de Extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la política de inmigración común de la Unión Europea (I, II)*», en *La Ley*, de 14 de mayo de 2004, pp. 4-5.

(65) Constituyendo tipos agravados pese a que algún autor ha señalado que hubiera sido preferible que el 318 bis. 1 y el 318 bis. 2 se configuraran como tipos autónomos en los que el número 1 recogiese conductas de participación en el tráfico y el número 2 se refiriesen a conductas propias del tráfico para justificar la diferente penalidad entre un número y otro; en este sentido, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 79-80. Creo que dicha interpretación no sería correcta y no justificaría la distinta penalidad, pues respecto a las conductas más graves, las de los tipos agravados, se estaría adoptando un concepto estricto de autor y respecto de las conductas más leves, la del tipo básico, se estaría adoptando un concepto amplio de autor.

(66) El anterior texto del artículo 318 bis.2 y siguientes introducido por LO 4/2003 era el siguiente: «2. *Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.* 3. *Se*

«2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión. 3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. 4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos previéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código. 6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.»

Las reformas de los tipos agravados se puede resumir como sigue: se refunden determinadas agravaciones; se eliminan otras como la del abuso de la situación de necesidad; se incluyen el abuso de situación de superioridad o situación de especial vulnerabilidad de la víctima; en el apartado 5.º se incorpora una hiperagravación, cuando los sujetos activos sean los jefes, administradores o encargados de las organizaciones o asociaciones criminales; se elimina el artículo 188.2.º (que coincide en términos generales con la nueva agravación del apartado segundo del nuevo 318 bis); se suprime por LO 15/2003, el apartado 6.º del artículo 515 (introducido por LO 4/2003), quedando abarcado tal supuesto por el apartado 5.º del artículo 318 bis.3 con la

---

*impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud, o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad. 4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos previéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».* Sobre el iter parlamentario de introducción del 318 bis en la LO 4/2000, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 183-185.

nueva redacción de la LO 11/2003; se prevé la posibilidad de aplicar alguna o algunas de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP (apartado tercero del 318 bis.5.<sup>o</sup>); y finalmente, se incorpora una atenuante en el artículo 318 bis.6.<sup>o</sup> (67).

Respecto de estos tipos cualificados también se han formulado críticas debido a su deficiente técnica legislativa, incluso con anterioridad a la reforma de la LO 11/2003, en el sentido de que no se permitía que cualificaciones que debieran poder aplicarse cumulativamente lo sean efectivamente, además de colocar en el mismo nivel de gravedad circunstancias cualificantes que merecerían un tratamiento diverso (68). Dicha crítica se puede también mantener tras la reforma, pues el número 3 del artículo 318 bis aglutina en una sola cualificación, equiparándose en pena y sin posibilidad de apreciarlas de manera cumulativa, circunstancias de distinta naturaleza y gravedad.

Por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, se ha introducido como primer supuesto agravado, en el apartado 2 del artículo 318 bis, el tráfico ilegal o la inmigración clandestina «*con propósito de explotación sexual*». Para Muñoz Conde la pena de prisión de cinco a diez años parece excesiva, en la medida en que no se requiere que la explotación sexual haya tenido lugar. Si esta explotación llegara a producirse habrá un concurso ideal medial con el respectivo delito de coacción a la prostitución, proxenetismo, etc. (69). Dicha solución, en mi opinión, parte de la consideración de que en este tipo del 318 bis.3 el bien jurídico protegido no sólo es la libertad sexual sino los intereses estatales en el control de los flujos migratorios, pues si sólo se protegiesen bienes jurídicos personales, habría que acudir a un concurso de normas con los delitos relativos a la prostitución, a las agresiones sexuales o a los abusos sexuales. Con tal introducción y la supresión correlativa del artículo 188.2.<sup>o</sup>, que se refería a la inmigración con fines de explotación sexual, se llega a una regulación más

---

(67) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 198-199.

(68) En este sentido, *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 190-191, 205; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 104, además apunta que es difícil imaginar un supuesto de tráfico ilegal en el que no concurra alguna de las circunstancias agravadas del 318 bis, con lo que en la realidad el tipo básico se quedará vacío de contenido por la deficiente configuración del tipo básico y de los tipos agravados.

(69) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.<sup>a</sup> edición, Valencia, 2004, p. 358.

sistemática y se evitan los problemas concursales que existían antes de la reforma (70).

El apartado 3 del artículo 318 bis refunde ahora las cualificaciones contenidas antes de la reforma de 2003 en los números 2 y 3; amplía los supuestos; y aumenta los marcos penales. Con la redacción actual, se impone la pena en su mitad superior cuando las conductas descritas en los apartados 1 y 2 se realicen con «*ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o cuando la víctima sea menor o incapaz, o se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas*».

El «*ánimo de lucro*» ha sido definido por la doctrina como el percibir o buscar un precio, remuneración o ventaja económica (71). Estoy de acuerdo, como ya he señalado, con Palomo del Arco en el sentido de que «la idea de beneficio económico o material debería entenderse implícita en todas las conductas tipificadas, como consustancial a las mismas. Así resultaría atípico el caso de que mediaran razones familiares o humanitarias que no deben integrar infracción penal» (72). De ahí que resulte desproporcionado también equipararlo en gravedad a los supuestos de empleo de violencia e intimidación. La previsión de dicha agravación avala la tesis aquí mantenida en el sentido de que en el tipo básico no se protegen los derechos de los extranjeros y sí intereses estatales, aunque de *lege ferenda* se proponga que dicho elemento sea exigible para la apreciación del tipo básico.

En cambio considera Rodríguez Montañés, que dicha agravación se fundamenta en un mayor desvalor subjetivo de la acción: «finalidad espuria especialmente disvaliosa si se tiene en cuenta que se está

---

(70) *Vid.* el estudio sobre este tipo agravado, GUARDIOLA GARCÍA, J., «Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: Comentario a la reciente reforma del artículo 318 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)», en *Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, 2005-1, núm. 13, pp. 23-26; BAUCELLS I LLADÓS, J., «El Derecho Penal ante el fenómeno inmigratorio», en *Derecho y Proceso Penal*, 2005-1, núm. 13, pp. 54-56.

(71) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 309; RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 95; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 105-107.

(72) Cfr. PALOMO DEL ARCO, A., «Criminalidad organizada e inmigración ilegal», en la obra que recoge la documentación del curso sobre *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001. Parece apoyar esta idea, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.<sup>a</sup> edición, Valencia, 2004, p. 358, al definir el tráfico ilegal contenido en el tipo básico como el acto de comerciar...

comerciando con personas» (73). Rodríguez Mesa (74), justifica la agravación del ánimo de lucro en que responde a una realidad social en la que el tráfico con seres humanos se ha convertido en una actividad más rentable que las de drogas o armas, estimándose los beneficios obtenidos en cientos de millones de pesetas anuales. El fundamento penal para esta autora de tal agravación es la mayor reprochabilidad de la conducta antijurídica cuando se comete un delito por puro interés.

Los órganos jurisdiccionales han definido el ánimo de lucro del artículo 318 bis. 3 como «cualquier provecho o utilidad de naturaleza económica que se pretende obtener con el tráfico ilegal de personas» (75).

Otra agravación que queda amparada por este número 3 del artículo 318 bis es el «*empleo de violencia, intimidación o engaño*». Conde-Pumpido señala, acertadamente en mi opinión, que la violencia e intimidación no tienen que dirigirse a forzar la voluntad del extranjero para inmigrar, pues en tal caso estaríamos ante un secuestro, sino simplemente ser utilizadas en el curso del desplazamiento, o incluso con posterioridad para asegurar el pago. La violencia puede proyectarse sobre un tercero (76). Se ha definido la violencia como el acometimiento físico de carácter agresivo, esto es, las conductas constitutivas de falta de maltrato de obra, siendo éste el umbral mínimo para aplicar este tipo cualificado, de tal manera que si esta fuerza física llega a poner en peligro concreto la vida, la salud o la integridad de las personas estaremos ante el siguiente tipo agravado (77).

Respecto a la agravación por la concurrencia del engaño, apunta Rodríguez Mesa que si bien es cierto que «el consentimiento de la

---

(73) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001.

(74) Cfr. RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 95-99.

(75) Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 1 de julio de 2004.

(76) Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 309. En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 100; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 107-108, pues lo contrario, según dicho autor, sería desconocer la realidad práctica, conforme a la cual los sujetos acceden al traslado y a que la violencia o la intimidación concurren durante el desplazamiento para imponerles la privación de derechos que convierte al tráfico en algo ilegal.

(77) En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 101.

víctima es irrelevante a los efectos del delito de tráfico ilegal de personas, no sólo porque se trate de derechos de carácter irrenunciable, sino por la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido [...] ello no es óbice para apreciar la relevancia del engaño, pues aquí hay un mayor desvalor como el que supone la afectación a la libre decisión de la víctima» (78). Desde la perspectiva de *lege ferenda* que aquí se propone, el consentimiento de la víctima sin ninguna afección a algún bien jurídico individual, esto es, la ayuda a la inmigración clandestina sin ánimo de lucro, sí sería relevante para considerar dichas conductas atípicas desde la perspectiva de este delito. Ahora bien, el engaño sería relevante en la medida en que supondría un vicio en ese consentimiento y en tales casos conllevaría la afección a bienes jurídicos individuales, lo que justificaría la aplicación del tipo básico. No obstante, la práctica ha demostrado que normalmente dichas acciones –los engaños– se realizan con fines de explotación laboral, sexual, económica, etc., y he aquí cuando supondría un mayor desvalor de acción que justificaría la aplicación del correspondiente tipo cualificado. Parecen impensables acciones de ayuda a la inmigración clandestina con fines humanitarios o altruistas en las que mediara el engaño. Por todo ello, en la propuesta que aquí se realiza de *lege ferenda* no encontraría mucha justificación la agravante de engaño por sí sola.

«Abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas». Se elimina con la reforma la agravación consistente en el abuso de una situación de necesidad. No creo que ello sirva de fundamento para defender que dicha supresión obedece a que dicha circunstancia se exige como consustancial al tipo básico, y así requerir respecto de éste la afección de bienes jurídicos personales. Creo que el abuso de una situación de necesidad se puede equiparar al abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima. No obstante, cabe realizar también una observación en relación con la agravante de especial vulnerabilidad de la víctima atendiendo al criterio jurisprudencial que sirve de fundamento para su aplicación. Así, se ha aplicado en los supuestos de ayuda a personas que tratan por todos los medios de salir de sus países de origen ante la situación angustiosa en la que viven, sin medios para subsistir. Bien, siguiendo este criterio el tipo básico se quedaría vacío de contenido, pues dicha circuns-

---

(78) RODRÍGUEZ MESA, M.<sup>a</sup> J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 103-104.

tancia se puede aplicar a casi todos los inmigrantes ilegales. Ahora bien, se observa que en las distintas resoluciones jurisdiccionales, la agravante se aplica cuando los sujetos objetos del tráfico son subsaharianos (79).

Respecto a la puesta en peligro para los bienes jurídicos personales, señala Rodríguez Montañés (80), que es un delito de peligro concreto para la vida, la salud o la integridad de las personas objeto del tráfico (piénsese en el caso de las pateras). Parece ser esta también la postura adoptada por la jurisprudencia, en el sentido de que se ha determinado su aplicación cuando hay constancia de una situación concreta de puesta en peligro para el bien jurídico, que habrá que determinarse por los «parámetros de la previsibilidad del resultado y cuya entidad dependerá del número de posibles afectados y del tipo de lesión, con un desprecio por parte del sujeto activo de las más elementales normas de seguridad» (81).

Según Conde-Pumpido (82), en los supuestos en que el peligro determine efectivamente un resultado lesivo o mortal, procede sancionar los hechos como concurso de delitos. Si el peligro se ocasionó de modo general a varios inmigrantes y uno de ellos fallece como consecuencia de las condiciones del transporte, el concurso se producirá entre la modalidad agravada y el delito de homicidio (83). Si el peligro únicamente afectaba a la víctima, por ser la única persona objeto del tráfico, el concurso se producirá entre la modalidad básica y el

---

(79) En este sentido, *vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 9 de junio de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, núm. 102/2004, de 10 de junio de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 30 de septiembre de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, núm. 105/2004, de 10 de junio de 2004, aunque en este caso se aplica siendo los individuos objeto del tráfico de origen marroquí.

(80) Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001. En este sentido también, RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 106, exigiendo un resultado que debe probarse y no puede presumirse, consistente en la creación de una situación de riesgo para un bien jurídico concreto e individualizado.

(81) En este sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 1 de julio de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 1 de julio de 2004; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 30 de septiembre; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 7 de octubre de 2004.

(82) Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 312. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 107-108.

(83) En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de noviembre de 2004.

resultado de muerte, pues en este caso el resultado absorbe el peligro previo. Dichas circunstancias agravantes se vienen aplicando en el caso de tráfico ilegal que se lleva a cabo a través de las conocidas «pateras», pues como se argumenta, con acierto en mi opinión, normalmente este medio de transporte no sólo pone en peligro la vida y la integridad de las personas sino que en muchas ocasiones se lesionan esos bienes jurídicos (84).

Los apartados 4 y 5 del 318 bis contienen dos agravaciones para los casos en que «*el sujeto activo, sea autoridad, agente de ésta o funcionario público o pertenezcan a una organización o asociación, incluso transitoria, que se dedique a la realización de tales actividades*». El apartado 4 constituye un delito especial con sujeto activo cualificado y a juicio de Terradillos (85), es una incorrección incluir a los agentes de la autoridad junto a los funcionarios, pues a su entender los agentes de la autoridad son precisamente funcionarios. Para la aplicación de dicha agravación es necesario además que dichos sujetos cometan el delito prevaleciéndose de tal condición: no es necesario, sin embargo, que el funcionario actúe en el ámbito estricto de su función sino únicamente que se prevalga de su condición. En otro caso, podría cometer un delito de falsedad, prevaricación o cohecho, en concurso con este tipo agravado (86).

La otra agravación consiste en la «*pertenencia a una organización criminal*». Esta agravación y el endurecimiento penal responde a la política comunitaria en la lucha contra las redes mafiosas y contra la

---

(84) En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de noviembre de 2004. No obstante, dicha agravante también ha sido aplicada cuando la ayuda a la inmigración clandestina es llevada a cabo mediante otro medio de transporte pero en condiciones tales que se ha puesto en peligro la vida o la salud de las personas, cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 20 de octubre de 2000. Dicha resolución aplica la agravante debido a que el inmigrante se hallaba empapado en sudor con pequeños síntomas de deshidratación, por las altas temperaturas y por la forma de viajar, oculto dentro de un colchón al que se había recortado parte de la espuma para dejar un hueco con forma humana y encima del cual se transportaba otro colchón y dos camastros a los lados, todo ello amarrado fuertemente por cuerdas de plástico de unos 8 milímetros de grosor.

(85) Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Tráfico ilegal de emigrantes», Conferencia pronunciada en el XIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal: *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, publicada en el libro del mismo título, coordinado por Laura Zúñiga Rodríguez y otras, Universidad de Salamanca, Colex, 2001, p. 27.

(86) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 313.

delincuencia organizada (87). Resulta, no obstante, difícil su delimitación frente a la infracción administrativa prevista como muy grave en el artículo 54.1.b) de la LO 14/2003, que castiga a los que «*induzcan, promuevan, favorezcan o faciliten con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito*». De ahí que, ya con anterioridad a la reforma del artículo 54 por LO 14/2003, Conde-Pumpido estimara, según la regulación de la LO 8/2000 (que no distaba mucho de la actual), la infracción administrativa derogada; sin embargo, según su opinión se podría aplicar ésta cuando no resulte afectado el bien jurídico protegido por el 318 bis o para los casos en que la infracción sea cometida por una persona jurídica o alguien penalmente irresponsable (88). En mi opinión, las pocas conductas re conducibles a la infracción administrativa por no constituir infracción penal serían las de favorecimiento o la promoción a la inmigración clandestina para que permanezcan en territorio español, siempre que concurre ánimo de lucro, y aquellas conductas imputables a personas jurídicas.

La Sentencia 34/2001 de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 5 de marzo de 2001, estableció los requisitos para apreciar la existencia de una organización: pluralidad de personas; coordinación entre ellas; una cierta estabilidad o permanencia; existencia y utilización de medios idóneos y jerarquización de la organización. En tal supuesto, negó su existencia pues se trataba de dos personas que actuaban conjuntamente en el transporte de personas, pero sin ningún tipo de estructura que les respaldara, ni jerarquización entre ellos y, además, su actividad se agotaba con el viaje que realizaron patroneando una patera, sin que existieran datos fácticos que permitieran establecer un apoyo logístico, dirigido y controlado desde su inicio por terceros.

Con relación al artículo 515 del Código Penal, redactado conforme a las Leyes 11/2003 y 15/2003, queda suprimido su párrafo 6.º que calificaba de asociaciones ilícitas las que promovieran el tráfico ilegal de personas, con lo que se evitan los problemas concursales que planteaba su existencia junto a la agravación del 318 bis. Problemas con-

---

(87) *Vid.* el Acto 2000/C 124/01 del Consejo de la Unión Europea; Conclusiones del Consejo de Tampere de 1999; Reunión de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea, celebrada en Estocolmo el 8 de febrero de 2001.

(88) Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 315.

cursales que la doctrina solucionaba estableciendo un concurso de leyes a resolver por el principio de especialidad, aplicando el artículo 318 bis. Aunque, como señala Conde-Pumpido, cabe la aplicación exclusiva del artículo 516 a los meros integrantes de la organización frente a los que no se pruebe la intervención en acciones delictivas concretas y también la del 518 a los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones dedicadas a promover dicho tráfico, si no se estima acreditada su inclusión en el artículo 318 bis, cuya penalidad es más grave (89).

Cuando se trate de los «*jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones*», se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En estos casos, se puede aplicar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129.

#### D) **Tipo atenuado**

En el apartado 6 del artículo 318 bis se ha introducido la posibilidad de imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste. Tipo atenuado que constituye una novedad, quizás por el endurecimiento de las penas que ha experimentado tanto el tipo básico como los agravados.

Parte de la doctrina aboga por su aplicación en aquellos casos en los que el tráfico obedezca a razones humanitarias o altruistas (aunque, en mi opinión, de *lege ferenda* en estos casos las conductas deberían ser atípicas, si de lo que se trata en este título es de la protección de los derechos de los extranjeros). Pero, a mi juicio, dicha interpretación plantea el problema de dejar vacío de contenido el tipo básico, pues cuando exista ánimo de lucro estaremos ante el tipo agravado y cuando no exista este ánimo, porque las conductas se realicen por razones humanitarias o altruistas, estaríamos ante el tipo atenuado.

Esto es lo que ha ocurrido con la puesta en práctica del artículo 318 bis por los distintos órganos judiciales. Esta práctica jurisdiccional ha puesto de manifiesto, por un lado, la desproporción de penas previstas para estos delitos y, por otro, la falta de delimitación de unos tipos u

---

(89) Cfr. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 315.

otros por parte del legislador, lo que ha provocado que los distintos juzgadores apliquen criterios arbitrarios a la hora de aplicar unos u otros. Así, se han subsumido en el tipo atenuado del artículo 318 bis los casos de introducción en territorio español a un inmigrante, futuro familiar del sujeto activo, en un coche y sin ánimo de lucro (aplicando retroactivamente la LO 11/2003, por ser más beneficioso el tipo atenuado que la legislación anterior) (90). También se ha aplicado en un caso de introducción a nueve inmigrantes en un camión que transportaba electrodomésticos, bajo el fundamento de que no se había puesto en peligro la vida ni la integridad física de los ocupantes y bajo el argumento de que el acusado era poco peligroso pues «imbuido de una candidez de necesidad palmaria pretendió introducir ilegalmente a los inmigrantes por un cauce tildable de notoriamente inviable o imposible [...] configurándose como peregrina, fantasiosa y condenada al fracaso más absoluto la burda y torpe maniobra de pretender burlar la acción policial [...] comportamiento primitivo o artesanal, distante de los adoptados por entramados mafiosos, redes o grupos más o menos organizados...» (91). Además, se subsume en el tipo atenuado el caso del transporte en «patera» de 11 inmigrantes, bajo el argumento que lo normal es que viajen más de 20 personas, y por el hecho de que había chalecos salvavidas (92).

Un caso también a destacar de aplicación del tipo atenuado por parte de nuestros órganos jurisdiccionales lo constituye el supuesto de tráfico ilegal de personas, más de 40 y de nacionalidad marroquí, que embarcaron en una patera de reducidas dimensiones, resultando muertas 37 personas. El patrón de la patera no pudo ser localizado, pero se enjuició a su ayudante, que sí pudo ser detenido. Pues bien, pese a que se produjo el viaje en las condiciones más pésimas posi-

---

(90) Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 9 de diciembre de 2003.

(91) Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 18 de diciembre de 2003.

(92) Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 10 de junio de 2004. Dicha Sentencia incurre en una contradicción a mi entender, pues parte del tipo agravado por la puesta en peligro de las personas que viajan en la patera, pero luego aplica el tipo atenuado bajo el argumento de que la patera disponía de chaleco salvavidas. Normalmente del número de ocupantes de la patera la jurisprudencia hace depender la aplicación de un tipo u otro. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 30 de junio de 2004, aplica el tipo agravado por la peligrosidad para la vida o la integridad, pues son 16 los ocupantes y debido a la dimensión de la patera dicho riesgo aumenta. En similar sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 30 de septiembre de 2004: aquí había 27 inmigrantes en una patera.

bles, resultando 37 personas fallecidas, la Sentencia Provincial de Cádiz, aplicó el tipo atenuado del 318 bis al ayudante de la embarcación, pues argumenta que la pena máxima legal se le hubiera impuesto al patrón. Además se le castigó por cada uno de los homicidios causados a título de imprudencia (93).

#### E) Problemas concursales

Se ha señalado por parte de la doctrina y de los órganos judiciales que aunque el tipo del 318 bis se refiera a una pluralidad de personas afectadas, no es necesario para afirmar el delito que exista esa pluralidad, pero aun existiendo se debe de afirmar un único delito en cada tráfico ilegal (94). De ahí que la jurisprudencia ha apreciado delito continuado del artículo 318 bis en aquellos casos en los que concurrían varias acciones cada una constitutiva de un tráfico de personas por parte de los mismos sujetos que pertenecían a una organización criminal (95).

El tipo básico del 318 bis y sus tipos agravados presentan problemas no sólo de delimitación frente a las infracciones administrativas en las que también se protegen a los extranjeros, sino que presenta problemas concursales con otros delitos. Lo normal, como apunta Rodríguez Mesa, es que este tipo de delito de peligro entre en concurso con otros delitos cuando se vean afectados bienes jurídicos de carácter personal, como la vida, la integridad física, con el delito de trato degradante del 173, siempre que el atentado contra la integridad moral sea superior al menosprecio de la dignidad que ya de por sí, a juicio de dicha autora, supone el tráfico ilegal de personas (96). Ahora bien, en mi opinión, para que se dé este tipo de concursos con otros delitos, se debe probar la afección de bienes jurídicos no protegidos

---

(93) Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de noviembre de 2004.

(94) En este sentido, PALOMO DEL ARCO, A., «Criminalidad organizada e inmigración ilegal», en la obra que recoge la documentación del curso sobre *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001. En este sentido, cfr. entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 9 de junio de 2004, aunque el número de personas afectadas se tiene en cuenta para imponer la pena dentro del marco legal previamente establecido.

(95) En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, de 15 de diciembre de 2004.

(96) Cfr. RODRÍGUEZ MESA, M.ª J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001, p. 91.

por el 318 bis, teniendo en cuenta que en los tipos agravados sí se protegen, en cierto grado, determinados bienes jurídicos de carácter personal.

No obstante, como apunta Villacampa Estiarte, la reforma de la LO 11/2003 soluciona muchos problemas concursales que se planteaban con la antigua regulación, al suprimirse el 515.6.<sup>o</sup> del Código Penal, por la LO 15/2003, y el 188.2.<sup>o</sup> del Código Penal, por la LO 11/2003, e incluirse dichas conductas en el 318 bis (97).

En primer lugar, cabe establecer la diferencia de este tipo respecto al previsto en los artículos 312.1 (98) y 313 del Código Penal, que se centra fundamentalmente en que el 318 bis no exige la cualidad de trabajador. El artículo 312.1 castiga a los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra, y el 313 castiga la promoción y favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España con la misma pena que el tráfico, prisión de 2 a 5 años. Respecto de estos tipos se puede plantear el siguiente interrogante ¿Son tipos distintos los recogidos en el 312, 313 y en el 318 bis?, o ¿ se puede mantener una relación de especialidad? En principio, parece que el artículo 318 bis es un tipo genérico o básico que castiga cualquier conducta relacionada con el tráfico ilegal o con la inmigración clandestina y los artículos 312 y 313 serían tipos especiales en los que se castiga una específica forma de tráfico ilegal de personas, esto es, el de mano de obra (99). Pero de seguir tal interpretación con la nueva regulación del

---

(97) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, p. 206.

(98) El artículo 312 tipifica la infracción de la normativa sobre contratación de mano de obra. La colocación ilegal también parte de una infracción administrativa de las regulaciones existentes en esta materia. La naturaleza de infracción administrativa elevada a la categoría de delito que tiene este precepto se evidencia en que es indiferente que de las maniobras se derive o no perjuicio para el trabajador, que puede salir incluso beneficiario; en este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.<sup>a</sup> ed., Valencia, 2004, p. 349.

(99) Esta solución era mantenida con anterioridad a la reforma por la LO 11/2003, ya que los tipos de los artículos 312 y 313 tenían una pena superior a la prevista para el 318 bis; en este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, pp. 297-299, quien fundamentaba la mayor penalidad del 312 y su aplicación preferente al 318 bis, por el principio de especialidad y alternatividad, en que en el tráfico ilegal de trabajadores no sólo se tutela los intereses de los ciudadanos extranjeros directamente afectados, sino también el mercado interno de trabajo y las condiciones laborales de los trabajadores españoles. La Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado también optó por el principio de especialidad del 312 respecto del 318 bis.

artículo 318 bis, el tráfico ilegal de mano de obra resultaría beneficiado (100), pues tiene menos pena, prisión de dos a cinco años, que la figura genérica del artículo 318 bis, prisión de cuatro a ocho años. Aplicando, no obstante, el principio de alternatividad nos llevaría siempre al artículo 318 bis, con lo que los artículos 312 y 313 se quedarían vacíos de contenido. De ahí que se abogue por la reforma de este tipo también en el sentido de tratar al tráfico ilegal de personas en un mismo título o artículo y configurar el tráfico ilegal de mano de obra como un tipo agravado del tipo genérico del tráfico de personas (101).

Para solucionar el problema planteado con la reforma Villacampa Estiarte propone dos posibles interpretaciones: seguir aceptando la especialidad del artículo 313.1 con relación al artículo 318 bis, cuya penalidad podría entenderse siempre atenuada mediante la aplicación del tipo privilegiado del artículo 318 bis.<sup>6</sup> (pena de dos a cuatro años de prisión), pero si concurriesen circunstancias propias de la trata de seres humanos (arts. 318 bis. 2 y siguientes) tendría que aplicarse éste con carácter preferente (102), e incluso ir al concurso de delitos con el artículo 313.1, si no se quiere privilegiar el tráfico de trabajadores; una segunda posible interpretación es diferenciar las conductas de los artículos 313.1 y del 318 bis, de tal manera que habrá que aplicar el artículo 318 bis cuando se produzca la ayuda a la entrada ilegal aprovechándose el sujeto activo de la situación de necesidad genérica padecida por el inmigrante, última circunstancia que no se requeriría para la comisión del hecho previsto en el artículo 313, de ahí se justi-

---

(100) En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 206-207, tal y como se propuso en el trámite de enmiendas de la LO 11/2003.

(101) De esta opinión, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, de 6 de marzo de 2001.

(102) En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de diciembre de 2003, en la que se aplica tal solución incluso a la regulación anterior a la reforma del 2003. En tal caso se opta por el tipo agravado del artículo 318 bis en detrimento de los artículos 312.1 y 313, aun dándose estas últimas conductas, bajo el argumento de que no sólo se han vulnerado derechos de los inmigrantes de índole laboral sino que se han vulnerado otros derechos fundamentales, como la dignidad humana (los sujetos se han visto sometidos a tratos degradantes) y el derecho a la libre deambulación. Incluso en dicha Sentencia se adopta un concepto amplio de tráfico ilegal, entendido por tal, no la infracción administrativa sobre la entrada de extranjeros (pues en tal caso no se había producido, ya que dichos inmigrantes habían accedido de una manera legal por los puestos fronterizos y con pasaporte), sino la ilegalidad del desarrollo de la actividad ejercida contra los emigrantes, pues se hacía al margen de la Ley.

ficaría la gravedad de la pena del artículo 318 bis respecto al artículo 313.1 (103).

A mi entender, y partiendo de la práctica jurisdiccional acaecida hasta el momento desde la reforma de 2003, creo que se debe optar por el principio de alternatividad y aplicar el artículo 318 bis, si no se quiere beneficiar el tráfico ilegal de mano de obra y si no se quiere incurrir en una mayor desproporcionalidad de las penas a imponer (104). Ello trae como consecuencia dejar vacío de contenido los artículos 312.1 y 313 del Código Penal.

Por otra parte, el delito del 318 bis puede entrar en concurso de delitos con otros tipos como falsedades, defraudaciones, coacciones, en estos casos podemos estar ante los concursos mediales (105).

Con relación a la distinción entre el ilícito penal del artículo 318 bis del Código Penal y del ilícito administrativo del artículo 54.1 de la LO 8/2000, modificado por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, la doctrina ha intentado diferenciarlo atendiendo al bien jurídico que se protege en la conducta delictiva. Así estaremos ante la infracción administrativa cuando dichas conductas no afecten a los derechos de los inmigrantes extranjeros, o a su dignidad humana (106). El problema viene dado por

---

(103) Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, p. 207; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», en Quintero Olivares, G., y Morales Prats, F. (Coords.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, 2004, pp. 1642, 1650, en donde niega que se pueda optar por la primera interpretación propuesta en el texto, esto es, por el principio de especialidad del artículo 313 respecto del artículo 318 bis, por la mayor penalidad prevista en el artículo 318 bis respecto al artículo 313.

(104) Desproporcionalidad de penas, pues se podría llegar al caso de que al que ayuda a traficar con mano de obra se le impusiera una pena de dos años de privación de libertad –mínima del 313–, y al sujeto que introduce en España a un inmigrante ilegal en su coche sin ánimo de lucro, se le tuviera que imponer una pena mínima de cuatro años de privación de libertad (art. 318 bis.1).

(105) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 308.

(106) En este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003, p. 300; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004, 14, pp. 191-192, 205-206; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», en Quintero Olivares, G., y Morales Prats, F. (Coordinadores), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, 2004, pp. 1642-1644, aunque pone de manifiesto las lagunas de punibilidad que se darían de seguir tal interpretación; así señala que el favorecimiento, promoción de las conductas de tráfico de personas sin ánimo de lucro y sin afectación a la dignidad humana, quedarían impunes, por no darse

la circunstancia de que las conductas que constituyen ilícito penal tiene mayor amplitud que las conductas que constituyen infracción administrativa; de tal manera que aplicar éstas últimas se requiere la inducción, promoción, el favorecimiento o la facilitación de la inmigración clandestina, siempre que se realicen con ánimo de lucro, ya bien se haga individualmente o formando parte de una organización. Con lo que la regulación contenida en el artículo 54 de la LO 14/2003, sí parece estar exigiendo afección a un bien jurídico personal, pues se exige, en todo caso, la existencia de ánimo de lucro (107), afección, que desde mi punto de vista, no exige la norma penal del artículo 318 bis.1.

Desde la postura aquí adoptada sobre la delimitación del bien jurídico en el artículo 318 bis resulta aún más difícil delimitar la conducta delictiva de la infracción administrativa. En definitiva, ambas infracciones en la mayoría de los casos se van a solapar, teniendo que acudir al Derecho Penal para castigar los favorecimientos o las conductas de ayuda a la inmigración clandestina, dejando prácticamente vacío de contenido la infracción administrativa. Una reforma, como la que aquí se ha propuesto, ayudaría a delimitar estos ilícitos acudiendo al bien jurídico que protegería la norma penal.

#### IV. CONCLUSIONES

Un primer análisis de la normativa penal específica sobre la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros que pueden ser

---

los requisitos del ilícito penal (lesión a la dignidad humana) y del ilícito administrativo (ánimo de lucro). En similar sentido ya se había decantado, RODRÍGUEZ MESA, M.<sup>a</sup> J., *Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros*, Valencia, 2001, pp. 39-43, quien apuntaba que la regulación de la infracción administrativa, por las LLOO 4/2000 y 8/2000, y la regulación penal, olvidan los más elementales principios del Derecho Penal, como *ultima ratio*, proporcionalidad, dando lugar a una escasa operatividad a la infracción administrativa debido a su coincidencia con la infracción penal; RELAÑO PASTOR, E., «¿Sancionar al Inmigrante o Proteger las Fronteras?: Un análisis crítico de la Ley de Extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la política de inmigración común de la Unión Europea (I)», en *La Ley*, 13 de mayo de 2004, p. 4.

(107) En contra, SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pp. 29-36, 41, quien señala que en la infracción administrativa lo que se protege es el control de los flujos migratorios y en la penal los derechos de los ciudadanos extranjeros. No obstante, dicho autor pone de manifiesto las críticas que suscita el 318 bis de cara a poder establecer dicha delimitación apuntada en el texto, pues de un lado, la rúbrica del 318 bis no hace referencia a qué derechos en concreto se refiere y que intenta proteger, y de otro el Derecho Administrativo sólo reconoce derechos a los ciudadanos extranjeros legales y no ilegales.

objeto de determinadas conductas delictivas, demuestra, a priori, su insuficiencia de cara a alcanzar el primer objetivo trazado, esto es, su protección. No obstante, la regulación introducida por la LO 4/2000 se hacía imprescindible en orden a cubrir una laguna de punibilidad existente hasta ese momento. Laguna que venía dada por la falta de incriminación de comportamientos relacionados con el tráfico de personas que vulneraban derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros, pues sólo se castigaba hasta entonces el tráfico ilegal de mano de obra y el tráfico ilegal con fines de explotación sexual.

Pese a ser necesaria esta nueva incriminación, la práctica ha demostrado la deficiente técnica legislativa empleada tanto por el legislador del 2000 como la del legislador del 2003, quien introduce modificaciones en la regulación del artículo 318 bis del Código Penal.

Las críticas que se pueden verter sobre la regulación actual penal deben centrarse en dos puntos fundamentales: la ambigua e inconcreta delimitación del bien jurídico protegido en el tipo básico del artículo 318 bis del Código Penal; y la amplitud e indeterminación de la descripción típica. Junto con ellas se debe destacar también el endurecimiento de penas que se introduce en dicho artículo por la LO 11/2003, que es cuestionable, en mi opinión, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

Respecto de la delimitación del bien jurídico protegido, mi argumentación ha tratado de demostrar que de *lege lata*, lo que realmente se está protegiendo en el tipo básico son intereses estatales en el control de los flujos migratorios, al no requerirse afección a ningún bien jurídico de los ciudadanos extranjeros y castigar toda ayuda al tráfico ilegal o a la inmigración clandestina de ciudadanos extranjeros. Ello lo ha demostrado la práctica jurisdiccional al aplicar este tipo básico cuando concurren dichos requisitos y sin exigir constatación de lesión alguna para el bien jurídico que se pretende proteger.

No obstante, esta no es la postura que defiendo de *lege ferenda*. Creo que se debe partir ante todo de los principios de Derecho Penal, como el principio de *ultima ratio*, de proporcionalidad, de seguridad jurídica y de prevención, a la hora de decidir, en todo caso, lo que debe ser relevante para esta rama del Derecho e incriminar las conductas que lesionan bienes jurídicos merecedores de protección penal. Desde esta perspectiva, yo abogo por la protección de los bienes jurídicos individuales de los ciudadanos, tanto extranjeros como nacionales, que pueden verse lesionados por las conductas de tráfico de personas o de trata de seres humanos; ello conduciría al castigo de aquellos comportamientos en los que las personas sean objeto de algún tipo de

explotación tanto personal como económica y que afecten, en definitiva, a su dignidad humana. Y ello, porque la práctica ha demostrado que la protección penal de los intereses estatales en el control de los flujos migratorios excede su ámbito de competencia y además produce efectos perniciosos, en concreto, criminógenos, lo que choca con el principio de prevención.

Efectos criminógenos que se ven fomentados por las políticas restrictivas de acceso a la inmigración legal mantenidas hasta ahora por la mayoría de los países europeos. Por ello, a mi entender, el Derecho Penal no debe ser el arma para luchar contra la inmigración clandestina, esto es, contra el traslado de población infringiendo la normativa administrativa del país de destino sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros, en las que no se lesiona ningún bien jurídico de carácter personal, pues en mi opinión, para el control de los flujos migratorios se debería de acudir, además de al Derecho Administrativo –pero no imponiendo políticas restrictivas de acceso a la inmigración, sino que debe de hacerse tomando en cuenta la capacidad de absorción de los países de destino–, a otro tipo de medidas sociales y políticas, como por ejemplo, la ayuda a los países de origen de los extranjeros emigrantes y la celebración de acuerdos políticos con dichos Estados (108).

Sin embargo, hay que recalcar que las políticas más flexibles de acceso a la inmigración legal deben de ir acompañadas de las otras medidas mencionadas con anterioridad, pues como ha demostrado la práctica de los últimos meses –debido a la nueva regulación de acceso a la inmigración legal adoptada por el Gobierno actual–, esas políticas también generan otro tipo de explotación a los inmigrantes. Ello demanda un control por parte de la Administración, de la policía y de los jueces de cara a prevenir dichos abusos. Como ejemplo de ello se puede citar las noticias aparecidas en los medios de comunicación sobre los efectos criminógenos de esas políticas aperturistas a la inmigración legal, como que los empresarios despidan a sus trabajadores ilegales o les cobren por legalizarlos, debido a que por motivos económicos no

---

(108) En esta línea parece enmarcarse la opinión de GARCÍA ESPAÑA, E., «La Delincuencia de inmigrantes en España», en Laurenzo Copello, P., *Immigración y Derecho Penal*, Valencia, 2002, pp. 153-159, al desarrollar las alternativas para reducir la delincuencia de inmigrantes, ya que defiende medidas pre-delictivas, vinculadas con la política migratoria como: medidas internacionales tendentes a la ayuda del desarrollo de los pueblos empobrecidos, que haría posible una emigración más libre y no forzada por las circunstancias; facilitar las entradas legales y no premiar a los residentes ilegales; limitación de las causas de expulsión a las infracciones muy graves; cambios de sensibilidad en todos los colectivos implicados, agentes sociales y medios de comunicación.

les interesa legalizarlos (109). Todo ello debe ir acompañado de una campaña de concienciación ciudadana de la necesidad de los emigrantes y de la solidaridad que debe reinar en esta materia (110).

Desde la postura de *lege ferenda* en cuanto a la delimitación del tipo del artículo 318 bis que aquí se realiza, cabe concluir que su ubicación más correcta sería dentro de los delitos contra las personas –unificando en un solo título o capítulo todas las conductas relacionadas con el tráfico de personas, esto es, reconduciendo los artículos 312 y 313 al 318 bis– y no entre los delitos contra la sociedad como actualmente se mantiene en el Código Penal. También se demandaría, en aras al respeto del principio de proporcionalidad, una suavización de las penas, distinguiendo a su vez las conductas propiamente de autor de las conductas de participación. Esto último sería más acorde con las Decisiones Marcos que se han adoptado en esta materia en el seno de la Unión Europea.

Finalmente quisiera recalcar la necesaria reforma que demanda la actual regulación del artículo 318 bis del Código Penal. La revisión de las decisiones judiciales y sus pronunciamientos confirman esta conclusión. Parece excesivo que a un sujeto se le imponga la pena mínima del tipo básico –cuatros años de privación de libertad– por introducir en España, sin ánimo de lucro, en el maletero de su vehículo a una persona indocumentada (111). ¿Se está protegiendo en tal caso la dignidad humana del inmigrante al castigar al sujeto que por motivos humanitarios colabora en el acceso al territorio español del inmigrante ilegal con la finalidad de salir de la pobreza en la que vive en su país? Y por otro lado, parece paradójico y desproporcional respecto del caso anterior, que se imponga a un sujeto que ayuda a introducirse en España a más de 40 emigrantes en una patera, con resultado de 37 muertes, la pena de tres años de privación de libertad por aplicación del tipo atenuado del 318 bis.<sup>6</sup> (112).

---

(109) *Vid. El País*, de 20 de febrero de 2005, donde se informa que los sindicatos solicitan al Gobierno el reforzamiento de los Inspectores de trabajos y la posibilidad de acceso a la legalidad a pesar del despido del inmigrante ilegal por vía del arraigo laboral, pues así se fomentarían las denuncias por este tipo de explotación.

(110) Una campaña de este tipo se puede ya detectar en los medios de comunicación, *vid. El País*, de 6 de febrero de 2005, en el que aparece un artículo titulado «*¿Qué pasaría si Madrid se quedara sin inmigrantes?*», en el que se argumenta que los 800.000 extranjeros instalados en la capital en los últimos 10 años son imprescindibles para la vida cotidiana de la ciudad.

(111) En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, de 6 de mayo de 2004.

(112) En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de noviembre de 2004.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARBER BURUSCO, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Enciclopedia Penal Básica*, Comares, 2001.
- BAUCELLS I LLADÓS, J., «El Derecho Penal ante el fenómeno inmigratorio», en *Derecho y Proceso Penal*, 2005-1, núm. 13.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «Delitos contra los Derechos de los Extranjeros», en *Cuadernos del Poder Judicial, Extranjeros y Derecho Penal*, IV, 2003.
- GARCÍA ESPAÑA/RODRÍGUEZ CANDELA, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *AP*, 2002, núm. 29.
- GARCÍA ESPAÑA, E., «La Delincuencia de inmigrantes en España», en *Inmigración y Derecho Penal*, de Laurenzo Copello, P., Valencia, 2002, Ed. Tirant lo Blanch.
- GONZÁLES, J. I., «Política de Extranjería», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, IV, 2003, *Extranjeros y Derecho Penal*, pp. 13-33.
- GUANARTEME SÁNCHEZ, «El nuevo delito de tráfico ilegal de personas», en Laurenzo Copello (Coord.), *Inmigración ilegal y derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GUARDIOLA GARCÍA, J., «Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: Comentario a la reciente reforma del art. 318 bis del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)», en *Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, 2005-1, núm. 13.
- LEÓN VILLALBA, DE, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MAQUEDA ABREU, M.<sup>a</sup> L., *El tráfico sexual de personas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 15.<sup>a</sup> ed., Valencia, 2004.
- NAVARRO CARDOSO, «Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Revista Penal*, núm. 10, 2002.
- PALOMO DEL ARCO, A., «Criminalidad organizada e inmigración ilegal», en la obra que recoge la documentación del curso sobre *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- PÉREZ DEL VALLE, C., «Las reformas de la reforma penal», en *Revista de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 43, 2000.
- RELAÑO PASTOR, E., «¿Sancionar al Inmigrante o Proteger las Fronteras?: Un análisis crítico de la Ley de Extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la política de inmigración común de la Unión Europea (I)», en *La Ley*, 13 de mayo de 2004, pp. 1-8, (II), en *La Ley*, de 14 de mayo de 2004, pp. 1-6.
- REUS MARTÍNEZ, N., «La Justicia Penal y la Unión Europea, Convenios Existentes. Especial Consideración al Espacio Schengen», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 12, enero-abril, 2002, en [http://www.comadrid.es/pres\\_serv\\_juridicos/revista\\_juridica/numero12/estudio\\_2.htm](http://www.comadrid.es/pres_serv_juridicos/revista_juridica/numero12/estudio_2.htm)

- RODRÍGUEZ MESA, M.<sup>a</sup> J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Ley de Extranjería y Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 5261, 6 de marzo de 2001.
- ROJO TORRECILLA, *Delitos contra los derechos de los trabajadores...*, Barcelona, 1998.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., «La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003», en *La Ley*, 17 de junio de 2004.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Ed. Atelier, Barcelona, 2002.
- SERRANO PIEDECASAS, J. R., «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Manuales de Formación Continuada, núm. 5. El Extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la Ley Orgánica 4/2000). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 380.
- SERRANO PIEDECASAS, «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en Laurenzo Copello (Coord.), *Inmigración ilegal y derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Tráfico ilegal de emigrantes», Conferencia pronunciada en el XIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal: Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías, publicada en el libro del mismo título, coordinado por Laura Zúñiga Rodríguez y otras, Universidad de Salamanca, Colex, 2001.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», en *Revista Penal, La Ley*, julio 2004.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros», en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, por Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. (Coords), 3.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, 2004, pp. 1633-1654.

# Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos

SUSANA SOTO NAVARRO

Profesora de Derecho penal de la Universidad de Málaga

## 1. INTRODUCCIÓN

Característica fundamental de los bienes jurídicos colectivos es su función o utilidad para la sociedad en su conjunto, lo que se traduce, *prima facie*, en la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros (1). Consiguientemente, los bienes jurídicos colectivos no son susceptibles de división en partes atribuibles individualmente, sobre las que se reconozca libertad de disposición. En base a esta nota de indivisibilidad, considero que no tienen una auténtica naturaleza colectiva aquellos bienes jurídicos que se pueden descomponer y encuentran su esencia en una pluralidad de intereses individuales, como es el caso, en especial, de los implicados en los delitos contra la seguridad colectiva (2). En tales supuestos, el atributo de colectivo no corresponde propiamente al bien jurídico protegido, sino al tipo de peligro del que se trata de preservar un bien jurídico individual, claramente identificado, por lo que el verdadero objeto de estudio ha de ser la estructura típica adecuada para abarcar conductas cuyo núcleo de lo injusto reside en la creación de un peligro abierto.

---

(1) Véase HEFENDEHL, *Grund und Grenzen des Schutzes kollektiver Rechts-güter im Strafrecht*, pp. 21, 126-128.

(2) Véase el desarrollo de esta postura en SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, 2003, pp. 200-213.

Despejado así el panorama, este estudio se centra en los bienes jurídicos colectivos en sentido propio, esto es, aquéllos que no son divisibles en bienes jurídicos individuales.

Dentro de los bienes jurídicos colectivos es común establecer dos subcategorías a partir de la distinción entre sociedad y Estado como respectivos titulares (3). Esta clasificación suele respaldarse en la siguiente idea: si el Estado es necesario para salvaguardar y promover los presupuestos esenciales de la convivencia en sociedad, condición previa es la permanencia del propio Estado y el normal funcionamiento de sus instituciones, por lo que habrá de preservarse a sí mismo frente a los ataques que comprometan su estabilidad (4).

A mi entender, sin embargo, el Estado, en cuanto forma de organización política de una comunidad, no puede ser titular de intereses propios susceptibles de protección penal. Todo atentado contra los órganos estatales o contra el normal desenvolvimiento de su actividad es, en definitiva, un atentado contra la sociedad a la que éstos sirven (5). Con ello lo único que se afirma es que el criterio de la titularidad social o estatal no es válido para clasificar los bienes jurídicos colectivos, puesto que todos ellos deben atribuirse a la sociedad (6).

Mi propuesta de sistematización adopta un criterio distinto al de la titularidad, cual es el de las funciones sociales que desempeñan los

(3) Véase CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, PG, II, 1998, pp. 208-209; CARBONELL MATEU, «Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos», en Boix Reig (dir.), *Intereses difusos y Derecho penal*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, pp. 16-17; ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 172 ss., 190 ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 1998, pp. 285 ss., 439 ss., quien distingue entre bienes jurídicos supraindividuales no estatales y estatales. Cfr. asimismo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, PE, 2001, pp. 529 ss., 713 ss., quien distingue entre delitos contra los valores sociales supraestatales y delitos contra el Estado; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal*, PE, 2000, pp. 537 ss., 833 ss.; LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español*, PE, 1996, pp. 235 ss., 487 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español*, PE, 1996, pp. 5 ss., 499 ss.

Otros autores optan por el término de bien jurídico «institucional» para referirse a los bienes jurídicos atribuibles al Estado. En este sentido, MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di Diritto penale*, 1, 2001, p. 178; POLAINO NAVARRETE, en Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español*, PE, II, 1997, p. 565; SANTANA VEGA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, 2000, p. 77.

(4) Cfr. MUÑOZ CONDE, cit., p. 713; MÜLLER-EMMERT, «Sozialschädlichkeit und Strafbarkeit», GA, 1976, p. 301.

(5) Véase una argumentación más detenida en SOTO NAVARRO, cit., pp. 245-249.

(6) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, p. 204.

bienes jurídicos colectivos. Desde tal enfoque y en una primera aproximación, cabe distinguir dos grupos: por un lado, aquellos bienes jurídicos colectivos que representan prestaciones básicas del sistema social (7) (p.ej., Administración de Justicia, Seguridad Social); por otro, aquellos que van referidos a la preservación de instituciones fundamentales del Estado y del Estado en su conjunto, en su concreta configuración constitucional, como presupuesto necesario para que se hagan efectivas aquellas prestaciones sociales (8).

De este modo, el Estado se considera no como titular de ciertos bienes jurídicos colectivos, pero sí como objeto de protección penal, en cuanto instrumento esencial hoy por hoy para la organización de la convivencia social (9).

No es posible abordar aquí una concreción de todos los bienes jurídicos colectivos protegidos en nuestro Código penal, de modo que atenderé tan sólo al primero de los dos grandes grupos que he diferenciado, esto es, el constituido por bienes jurídicos que representan

---

(7) Cfr. el uso de esta terminología por ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, p. 21; MÜLLER-EMMERT, cit., pp. 299-300.

(8) Cfr. HEFENDEHL, cit., pp. 128 ss., quien distingue dentro de los bienes jurídicos colectivos entre los que crean «espacios de libertad» para el desarrollo del individuo y los que representan condiciones básicas para la propia existencia del Estado, de modo que éste pueda asegurar aquellos «espacios de libertad».

Desde un enfoque funcionalista, Bustos propone una ordenación de los bienes jurídicos en base al todo que implica el sistema, distinguiendo entre bienes jurídicos referidos «a las bases de existencia del sistema» (bienes jurídicos individuales) y los que están en relación al «funcionamiento del sistema» (bienes jurídicos colectivos). Los segundos abarcarían los procesos y funciones que el sistema ha de cumplir para que puedan asegurarse materialmente las bases del mismo, incluyendo entre ellos los referidos a la incolumidad de la organización estatal («bienes jurídicos de control»). Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, PE, 1991, pp. 5, 223-224, 307-308 y 383-384; ídem, «Los bienes jurídicos colectivos», en *Control social y sistema penal*, 1987, pp. 199-200. Esta misma clasificación es adoptada también por HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, 1991, p. 155.

(9) En esta línea, CARBONELL MATEU, cit., p. 18, quien, si bien parte de la titularidad de los bienes jurídicos como criterio de clasificación, matiza su postura en este sentido: «También el Estado se convierte en objeto de tutela [...] Se ha recurrido a la ficción de considerar al Estado mismo como un individuo, desconectándose su titularidad (la de los bienes jurídicos de carácter político) de los ciudadanos. En este sentido es importante subrayar que el Estado no es otra cosa que un *instrumento* creado para hacer posible la convivencia de los ciudadanos entre sí. Y por eso, los bienes tradicionalmente atribuidos a aquél son, en realidad, bienes supraindividuales de carácter político» (cursiva añadida). Cfr., asimismo, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal*, PE, cit., p. 5.

prestaciones básicas del sistema social. En esta categoría habrían de incluirse los afectados por los siguientes delitos:

- Delitos contra el orden socio-económico (Capítulos XI a XIV del Título XIII) (10).
- Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (Título XIV).
- Delitos relativos a la ordenación del territorio, protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (Título XVI).
- Delitos de falsedades (Título XVIII).
- Delitos contra la Administración Pública (Título XIX).
- Delitos contra la Administración de Justicia (Título XX).

## 2. CONCRECIÓN DE CIERTOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

### 2.1 Método de análisis sociológico-normativo

La teoría sistémica puede ser un método de análisis útil entendida como conjunto de instrumentos que ayudan a una mejor descripción de la realidad social y jurídica (11). Su principal limitación radica en su neutralidad valorativa, por lo que no sirve, por sí sola, como criterio de legitimación material de las normas penales. En efecto, la teoría de sistemas de Luhmann no es, ni pretende serlo, una concepción normativa de la sociedad, a diferencia de las nuevas teorías del contrato social, que radican la identidad social en la obtención de un consenso en torno a valores. El funcionalismo se presenta como un método empírico-sociológico, que describe el ser de la sociedad moderna, sin ofrecer pautas valorativas con potencial crítico. Sin embargo, en el plano en que ahora nos encontramos, ello no representa ninguna deficiencia, pues el concepto de bien jurídico se adopta aquí como un instrumento técnico-jurídico eficaz para concretar los objetos dignos de tutela penal y para configurar en torno a él conductas lesivas, pero al que no cabe imponer

---

(10) Aunque es discutible el carácter socio-económico de algunos de los delitos incluidos en estos Capítulos, por predominar en ellos la protección de intereses patrimoniales individuales, como los relativos a la propiedad intelectual o la mayor parte de los delitos societarios (sobre la naturaleza de éstos últimos, cfr. DEL ROSAL BLASCO, *Los delitos societarios en el Código penal de 1995*, 1998, pp. 25 ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, 2000, pp. 32 ss.). Cfr. sobre la regulación en un Título común de los delitos patrimoniales junto a los socio-económicos y sobre la problemática delimitación entre ambos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, 1998, pp. 51 ss.; GONZÁLEZ RUS, en Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español*, PE, I, 1996, pp. 547-550.

(11) Véase en profundidad SOTO NAVARRO, cit., pp. 8 ss.

la función de designar la fuente valorativa determinante en la selección de concretas realidades sociales ni, por consiguiente, una función crítica externa al propio sistema penal (12).

Uno de los aspectos más originales de la teoría sistémica de Luhmann es el concepto de comunicación, como unidad básica sobre la que se constituyen los sistemas sociales, a diferencia de la epistemología social que, desde Hobbes a Kant, adoptó el punto de vista de la conciencia individual. Para que el individuo pueda determinarse y entenderse a sí mismo necesita interactuar socialmente, pues de lo contrario no se produciría más que un cúmulo casual de individuos recluidos en sus respectivas percepciones y carentes de elementos en común sobre los que poder construir un conocimiento del mundo/ambiente. De ahí que la teoría de sistemas no se ocupe en primera línea de las expectativas del individuo, como sistema psíquico, sino de las condiciones para la interacción entre una pluralidad de individuos, esto es, para la coordinación de expectativas, de modo que sea posible una convivencia social organizada. Luhmann conceptúa así la sociedad como «un sistema de comunicación que integra selectivamente el potencial físico-químico-orgánico-psíquico de la humanidad», pero que «posee su propia realidad y su autonomía sistémica» (13). La persona en su totalidad, como sistema psíquico, constituye el ambiente que hace posible la sociedad (14).

La comunicación es entendida como un concepto autónomo de la acción, en la medida en que sólo aquella es necesariamente social (15): «la comunicación no es un tipo de acción porque contiene siempre un sentido mucho más rico que el simple expresar o enviar mensajes [...] la perfección de la comunicación implica comprensión y comprensión no es parte de la actividad del comunicador ni puede atribuirse» (16). No obstante, cada sistema de comunicación se descompone en acciones, entendidas como comportamientos humanos intencionales y atribuibles, pues sólo de este modo se puede «fijar la comunicación como

(12) Así también, Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, p. 205.

(13) LUHMANN Y PFÜRTNER (eds.), *Theoriotechnik und Moral*, 1978, p. 31. Así también HABERMAS, *Facticidad y validez*, 1998, pp. 145-146.

(14) Cfr. GARCÍA AMADO, «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 250-251. Asimismo, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 354, 363.

(15) AMELUNG, en cambio, parte del funcionalismo estructural de Parsons y conceptúa la sociedad como un sistema de acción. Cfr. AMELUNG, cit., pp. 352 ss.

(16) LUHMANN, «The Autopoiesis of Social Systems», en Geyer y v. der Zouwen (eds.), *Sociocybernetic Paradoxes: Observation, Control and Evolution of Self-Steering Systems*, 1986, p.10.

un acontecimiento simple en un punto temporal» (17) y prever de quién (emisor), sobre qué y con quién (receptor) puede seguir la comunicación.

La creciente complejidad de la sociedad actual ha provocado su descomposición policéntrica en múltiples subsistemas, cada uno de los cuales desarrolla en exclusiva funciones determinadas para el sistema global. Pero el mecanismo de organización y funcionamiento internos de cada subsistema es básicamente el mismo. Al igual que todo organismo vivo, se trata de sistemas cognitivos cerrados, esto es, organizados autorreferencialmente (sistemas autopoiéticos), cuyos elementos interactúan y se reproducen a sí mismos circularmente en base a la comunicación. Ello no impide su apertura al ambiente, pero las relaciones no se establecen en términos de *input* y *output*, como en las primeras descripciones funcionalistas de la sociedad, sino que son siempre reguladas por el propio sistema (18).

¿Cuál es el rendimiento del funcionalismo sistémico de cara a la concreción de los bienes jurídicos colectivos? Ante todo, proporciona un método de análisis con dos cualidades básicas: primero, es dinámico (19); segundo, adopta un referente distinto al individuo, cual es el sistema social en su conjunto, lo cual no significa que se prescinda de aquél (20).

Desde este enfoque, los delitos contra bienes jurídicos colectivos son conductas que inciden negativamente sobre las condiciones de existencia y/o desarrollo de un subsistema de comunicación, lo que, de modo mediato, repercute en las posibilidades de acción individuales, en cuanto constitutivas de dicha realidad sistémica. En esta línea se ha pronunciado Müssig, para quien no existe una diferencia cualitativa, sino meramente cuantitativa, entre los bienes jurídicos individuales y los colectivos: si los primeros sirven a la constitución de relaciones de interacción directas, propias de la esfera individual, los segundos sirven a la configuración de complejos subsistemas sociales, que son el soporte de aquellas relaciones intersubjetivas (21).

---

(17) LUHMANN, *Soziale Systeme*, 1984, p. 227.

(18) Cfr., en detalle, SOTO NAVARRO, cit., pp. 17-22.

(19) A favor de un concepto dinámico de bien jurídico, MORALES PRATS, en Quintero Olivares, *Manual de Derecho Penal*, PG, 2000, pp. 283-284.

(20) Cfr. sobre esta infundada crítica al Derecho penal de orientación funcionalista, SOTO NAVARRO, cit., pp. 27-30. Así también MüSSIG, cit., pp. 192-193, para quien el logro fundamental de la teoría sistémica reside en mostrar que mediante la estructuración de una sociedad compleja y diferenciada se garantizan las condiciones de individualización y viceversa, dicha sociedad presupone la individualidad.

(21) Cfr. MüSSIG, cit., pp. 185-186, 188. Próximo a este planteamiento, BUSTOS RAMÍREZ, «Los bienes jurídicos colectivos», cit., p. 199, para quien los bienes jurídicos individuales están referidos a «relaciones microsociales» (de una persona con

Pero lo relevante y, por tanto, merecedor de tutela penal no son los subsistemas comunicativos en sí, como mecanismos de organización, sino su valor funcional, esto es, la función que éstos desempeñan para el sistema social global. Si establecemos un paralelismo con los bienes jurídicos individuales, el planteamiento es el mismo. Así, p.ej., la vida humana no constituye un bien jurídico en cuanto mera realidad físico-biológica (aquí conforme a las ciencias naturales), sino por su valor funcional para su portador y, por ende, para la sociedad (22). La única diferencia es que, en este ámbito, el individuo se coloca en primer plano como referente axiológico.

Por consiguiente, exigencia básica para que el recurso a la intervención penal esté justificado será que los subsistemas comunicativos afectados por ciertas formas de conducta cumplan una función social indispensable (23).

Pues bien, para la delimitación de la función social en los bienes jurídicos colectivos no son suficientes las aportaciones de las ciencias empírico-sociales, sino que es preciso introducir criterios normativos que, a partir de la realidad subyacente, delimiten el objeto y el alcance de la protección penal.

La función social que han de satisfacer los subsistemas comunicativos generados por el propio sistema social queda prefijada o, al menos, puede extraerse con certeza de su regulación jurídica (24). En efecto, la actividad que se despliega dentro de cada subsistema comunicativo está sometida a un complejo entramado institucional de organización y control, mediante el cual se pretende garantizar el logro de la función social asignada. La disciplina normativa de cada sector de actividad constituye, por ello, una segunda fuente de conocimiento imprescindible, junto a las aportaciones sociológicas, para extraer el valor funcional en los bienes jurídicos colectivos (25).

---

otra), sobre las que se constituye toda la red social; mientras los bienes jurídicos colectivos están referidos a los procesos o funciones que el sistema ha de cumplir para que queden aseguradas materialmente aquellas relaciones microsociales. Se trata en este caso, prosigue el autor, de «relaciones macrosociales», en las que los «entes de intermediación» dentro de la interrelación adquieren especial importancia.

(22) En este sentido, MIR PUIG, «Objeto del delito», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XVII, 1982, pp. 765-766.

(23) En este sentido, RUDOLPHI, en SK-StGB, AT, 1997, vor § 1, p. 6, m. 8.

(24) En este sentido, AMELUNG, cit., p. 191; RUDOLPHI, en GA, 1969, pp. 139-140 (citado por Amelung).

(25) En esta línea, PULITANÒ, «La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche», en *Beni e tecniche della tutela penale*, 1987, pp. 36-39, quien distingue dos sectores de actividad en los que la configuración de los objetos de protección penal depende necesariamente de disciplinas extrapenales: por un lado, activi-

Esta propuesta podría suscitar ciertos recelos en atención al problema de la naturaleza secundaria del Derecho penal (26), pero no comporta, a mi entender, un riesgo de criminalización de injustos formales, basados en el mero incumplimiento de obligaciones jurídicas extrapenales, en la medida en que la incursión cognitiva en otros sectores del ordenamiento jurídico no se dirige a reforzar sus normas mediante el recurso a la conminación penal, sino a obtener criterios axiológicos a partir de los cuales se precise el contenido del bien jurídico-penal (27).

## 2.2 Función social como criterio de concreción

Las fórmulas más empleadas para delimitar el contenido de los bienes jurídicos colectivos son tres: las que aluden a expectativas de seguridad de los ciudadanos, al correcto funcionamiento de ciertas instituciones y a la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de las mismas.

Con respecto a la primera fórmula, desarrollada sobre todo en el ámbito de los delitos contra la seguridad colectiva, entiendo que la defraudación de expectativas sociales y su restablecimiento por medio de la intervención punitiva son conceptos útiles para describir la función de la pena, pero no aportan referente material alguno sobre el contenido legítimo de las normas, ni pueden servir, por tanto, como criterio de incriminación. La seguridad en sí misma es un concepto vacío, que permitiría una ampliación sin límites de la intervención penal. Sólo cobra entidad suficiente en la medida en que se la dote de un soporte material sólido, con capacidad para delimitar los tipos, y éste no es otro que los bienes jurídicos esenciales (generalmente de

---

dades sometidas a modelos de «buen funcionamiento», regulados por el Derecho público o privado (por ejemplo, la Administración pública o las sociedades mercantiles), en las que una intervención penal autónoma, que introduzca excesivas restricciones, pondría en crisis el modelo funcional en cuestión; por otro, actividades que afectan a nuevos intereses, como el medio ambiente o el urbanismo, en las que sólo puede alcanzarse una tutela penal eficaz si previamente se han desarrollado modelos normativos de organización y control. Cfr., asimismo, MORALES PRATS, «Técnicas de tutela penal de los intereses difusos», en Boix Reig (dir.), cit., pp. 77-79; PAREDES CASTAÑÓN, «Responsabilidad penal y «nuevos riesgos»: el caso de los delitos contra el medio ambiente», AP, núm. 10, 1997, pp. 223-224.

(26) Cfr. al respecto CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, I, 1996, pp. 68-69. Defiende una limitada naturaleza secundaria del Derecho penal DÍEZ RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuricidad en Derecho penal*, 1996, pp. 67-69.

(27) Cfr. más detalladamente, en relación con la accesoriedad administrativa, SOTO NAVARRO, cit., pp. 218-227.

naturaleza individual) que se quieren preservar de formas de ataque indiscriminado.

En cuanto a la segunda fórmula, no se logra concretar el objeto de tutela penal con la mera referencia al correcto funcionamiento de una institución, si previamente no se determina, desde una perspectiva sociológica y jurídica, cuál es su función social y cómo ha de desempeñarla.

Tampoco se resuelven los problemas de concreción subjetivizando la anterior fórmula mediante la alusión a la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de las instituciones, tesis que, al igual que la precedente, se aplica, sobre todo, en relación con los delitos socio-económicos (28), contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia. A favor de esta interpretación se suele argumentar que la confianza pública representa una condición esencial de funcionamiento de dichas instituciones (29). Sin embargo, ello supone centrar el bien jurídico en lo que sólo es un efecto psicológico-colectivo derivado del adecuado desarrollo de la función social asignada a estas instituciones, efecto además difícilmente mensurable en términos objetivos, con la consiguiente dificultad para identificar su lesión.

A mi entender, el método de concreción posiblemente más eficaz es aquél que atiende a una perspectiva dinámica, esto es, aquél que intenta desentrañar la función social que desempeñan los aspectos concretos de la realidad social percibidos como valiosos. Este enfoque, en principio aplicable tanto a los bienes jurídicos individuales como a los colectivos (30), proporciona, contrariamente a lo que pudiera parecer, mayor certeza con respecto a los segundos, como paso a analizar inmediatamente.

### 2.2.1 *Dificultades en el ámbito de los bienes jurídicos individuales*

Partimos de que el juicio de valor positivo emitido por el legislador constituye formalmente el bien jurídico, en cuanto fija qué parcela concreta de la realidad social se convierte en objeto de protección penal. Ahora bien, tal acto de valoración no puede ser arbitrario, sino que ha de estar en consonancia con las valoraciones propias de los ciudadanos, por lo que el legislador no está legitimado para extender

(28) Cfr. una crítica a esta interpretación en el Derecho penal económico por GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*, 1990, pp. 56-63.

(29) En este sentido, HEFENDEHL, cit., pp. 141-144.

(30) Así, RUDOLPHI, «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», *Nuevo Pensamiento Penal*, 1975, p. 343.

el ámbito de protección más allá de lo que éstos demanden. Cabe distinguir, por tanto, dos juicios de valor, el del legislador y el del ciudadano (31). Pero el ciudadano no es un ente abstracto, sino concretos individuos que buscan la satisfacción de sus propios intereses y metas vitales, con toda la pluralidad de matices que ello comporta en sus juicios de valor (32). Ello obliga al legislador a caracterizar el aspecto de la realidad social protegido con unos contornos relativamente «toscos», de modo que todos los ciudadanos (o al menos la mayoría) puedan ver satisfechas sus exigencias, y dentro de ese marco consensuado será cada individuo el que profile el objeto de tutela en atención a sus intereses particulares (33).

El problema reside, en ocasiones, en la propia averiguación de la existencia de un juicio de valor positivo por parte de los ciudadanos pero, sobre todo, en la determinación de su contenido esencial, válido para todos. Sólo resulta fácil de identificar la ausencia puntual de tal valoración, cuando el individuo demanda, con respecto a determinados bienes existenciales que le son atribuidos, el reconocimiento de una facultad de disposición en virtud de la cual decaiga la protección penal frente a cierto tipo de lesiones: las consentidas por el propio titular del bien (34).

---

(31) En este sentido, AMELUNG, cit., p. 189.

(32) En esta línea, LAMPE, «Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis», en FS-Welzel, 1974, pp. 151 ss., quien relaciona los valores culturales y las necesidades individuales a partir de los siguientes postulados: 1. los bienes jurídicos tienen su fundamento en valores culturales, 2. los valores culturales se basan, a su vez, en las necesidades individuales, 3. las necesidades individuales se convierten en valores culturales cuando son socialmente dominantes.

(33) Así, AMELUNG, cit., p. 189.

(34) En tales supuestos, en la medida en que se ejerza libremente un derecho a la disponibilidad, no cabe hablar de bien jurídico protegido. En esta línea, Díez Ripollés, quien, a partir del limitado reconocimiento de un derecho a disponer de la propia vida, delimita el bien jurídico protegido en los delitos contra la vida humana independiente del siguiente modo: «es la *vida humana ajena* frente a agresiones no consentidas y, en menor medida, esta misma frente a agresiones consentidas, así como la *propia* frente a intervenciones consentidas de terceros de cierta entidad, y siempre que su mantenimiento no suponga un trato inhumano o degradante» (cursiva añadida). Por tanto, no considera bien jurídico protegido la propia vida frente a un comportamiento suicida, siempre que no intervengan terceros o lo hagan con ayudas de carácter secundario. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en Díez Ripollés y Gracia Martín (coords.), *Comentarios al Código penal*, Parte especial, I, 1997, pp. 177-184; ídem, «Eutanasia y Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1995, pp. 90-98. Del mismo modo, sostiene que no constituye un bien jurídico protegido la salud e integridad personales propias frente a conductas de autolesiones, sin o con intervención de terceros, a falta de un precepto específico que castigue, como ocurre en el ámbito del suicidio, alguna modalidad de participación en las autolesiones: «Las figuras de lesiones protegen

En cambio, cuando sí existe un interés social en que se proteja cierta situación, el acto de valoración sólo puede determinarse de forma indirecta, preguntándose cuál es la razón del mismo (35). Y ésta reside, por regla general, en que el estado o situación de que se trate es útil para el logro de los fines individuales, esto es, reporta un aprovechamiento (uso y disfrute) (36) traducido, por lo común, en posibilidades concretas de acción (37). Así visto, la dañosidad social reside, desde la perspectiva del individuo, en la obstaculización o privación definitiva de oportunidades de acción (38).

Este enfoque cobra pleno sentido en aquellos bienes jurídicos en los que se percibe una relación directa entre la persona y ciertas situaciones de la realidad social, por cuanto éstas desempeñan una función susceptible de un aprovechamiento inmediato de cara a la autorrealización personal, es decir, en los bienes jurídicos individuales. Pongamos, como ejemplo, dos bienes jurídicos clásicos: la integridad física y el patrimonio.

---

*la salud e integridad personales ajenas*, siempre que su mantenimiento no suponga un trato inhumano o degradante, frente a cualesquiera agresiones no consentidas y, en menor medida, frente a las consentidas de una cierta entidad» (cursiva añadida). Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en Díez Ripollés y Gracia Martín (coords.), cit., pp. 562-568; ídem, «La disponibilidad de la salud e integridad personales», en Díez Ripollés (dir.), *Delitos contra la vida e integridad física*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pp. 130-137.

En esta línea también, pero centrando la argumentación no en la ausencia de bien jurídico protegido, sino en la falta de lesividad, SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, 2000, pp. 106-107, 115. Cfr. asimismo, SCHMIDHÄUSER, «Handeln mit Einwilligung des Betroffenen-strafrechtlich: eine scheinbare Rechtsgutsverletzung», en Schlüchter (Hrsg.), *Kriminalistik und Strafrecht*, 1995, pp. 598 ss. Desde un enfoque funcionalista, MÜSSIG, cit., pp. 180-183, para quien la disponibilidad constituye un poder delegado para definir el ámbito de vigencia de la norma.

(35) Cfr. AMELUNG, cit., p. 189.

(36) Cfr. en este sentido, WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», ZStW, 58 (1939), p. 515; JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, 1997, p. 51; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, Allgemeine Strafrechtslehre, 1992, pp. 7-9.

(37) En esta línea, MIR PUIG, cit., pp. 769-770, quien, siguiendo a Calliess y a partir de la concepción de la sociedad como sistema de interacciones comunicativas, sostiene que los objetos de tutela penal han de concretarse atendiendo a las «posibilidades de participación» en los sistemas sociales que reportan. Estas «posibilidades de participación» no se entienden por el autor «sólo como posibilidad de incidencia activa en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la esfera de libertad particular por parte de los demás».

(38) Cfr. AMELUNG, cit., p. 189. También parece pronunciarse en esta línea, DÍEZ RIPOLLÉS, «El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista», *Jueces para la democracia*, núm. 30, noviembre 1997, p. 18.

Con respecto a los delitos de lesiones, se ha producido en los últimos decenios un progresivo enriquecimiento del bien jurídico protegido (39), caracterizado, sobre todo, por el paso de un contenido estático y negativo, que se centraba en la plenitud anatómico-funcional y en la ausencia de enfermedad, a un contenido dinámico y positivo, mediante la inclusión de referencias a la utilidad individual de la salud para la autorrealización en sociedad. Desde esta perspectiva, se define la salud como el «estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones», entendiendo por éstas el ejercicio, sin alteraciones temporales o permanentes, de los diferentes órganos o aparatos, y por aquel estado el «que posibilita una concreta participación en el sistema social» (40).

Esta tendencia es una muestra clara del doble plano de concreción del bien jurídico que comporta la inclusión de la persona: uno relativamente genérico por parte del legislador y otro específico por parte de cada individuo afectado.

En efecto, el legislador se limitaría, en los delitos de lesiones, a destacar el componente social del objeto protegido en cuanto condición previa de participación en la vida comunitaria, si bien con ello logra restringir, de forma razonable, el ámbito de protección penal a los efectos lesivos que, en una ponderación global de la situación, se traduzcan en una merma significativa de las posibilidades de integración social, relaciones intersubjetivas o desarrollo profesional del individuo afectado (41). Éste es, por tanto, el referente básico para determinar el contenido del bien jurídico y la gravedad de su afección en el caso concreto (42).

---

(39) Cfr. al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, en Díez Ripollés y Gracia Martín (coords.), cit., pp. 325 ss.

(40) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, 1982, pp. 19 ss., 40-41, 70; idem, en MUÑOZ CONDE, BERDUGO y GARCÍA ARÁN, *La reforma penal de 1989*, 1989, p. 78. Siguen esta concepción del bien jurídico, MUÑOZ CONDE, cit., pp. 106-107; PÉREZ ALONSO, «El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma», ADPCP, 1990 (II), pp. 612, 615; ROSAL BLASCO, «El tipo básico de los delitos de lesiones», en *Comentarios a la legislación penal*, t. XIV, vol. 1º, 1992, pp. 238-239. Crítico con este enfoque, DÍEZ RIPOLLÉS, en Díez Ripollés y Gracia Martín (coords.), cit., p. 332.

(41) Lo cual no comporta, a mi entender, la exigencia de un efectivo aprovechamiento actual de tales posibilidades por parte del individuo afectado para que se le reconozca la protección penal.

(42) Sin embargo, en opinión de DÍEZ RIPOLLÉS la afección de las posibilidades de interacción social no es un efecto con entidad autónoma en base al cual deba definirse el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, sino tan sólo un criterio interpretativo para graduar la gravedad del desvalor de resultado. Estima así que las repercusiones en calidad de vida o relación social, concretadas a partir de aspectos

El segundo plano de concreción atiende a las circunstancias e intereses personales del afectado. Aquí se genera un riesgo de subjetivización del bien jurídico, por lo que se hace necesario introducir algún correctivo, de conformidad con las pautas sociales dominantes, que permita objetivar en la medida de lo posible los efectos lesivos (43).

El mismo problema se plantea con respecto al concepto de patrimonio como bien jurídico individual y a la determinación del daño patrimonial. Si bien sigue siendo dominante un concepto estático- económico del patrimonio privado, se observa una progresiva tendencia hacia un concepto dinámico, atento a la función que desempeña el patrimonio para el individuo.

Desde la primera perspectiva, el referente básico para definir el patrimonio es el valor dinerario de los bienes de una persona, por lo que el daño patrimonial se nuclea en torno al menoscabo económico monetariamente evaluable (44). Ello conduce, sin embargo, a soluciones insatisfactorias, por cuanto se excluyen del ámbito de protección penal determinados comportamientos que no suponen una merma dineraria del patrimonio del titular, pero perjudican intereses materiales del mismo; o viceversa, se incluyen comportamientos que, pese a producir dicho menoscabo dinerario, no comportan la lesión de intereses materiales del sujeto pasivo (45).

De ahí que los partidarios del concepto económico de patrimonio se vean obligados, particularmente en el ámbito de la estafa, a introdu-

---

como la penosidad de la recuperación, valoración personal del déficit causado, etc., son criterios necesarios para evaluar, en general, el menoscabo del bien jurídico. Pero también recurre a ellos para delimitar la concurrencia de elementos típicos concretos, como el carácter principal o no del órgano o miembro afectado (arts. 149 y 150 CP), grave enfermedad somática o psíquica (art. 149 CP), o la deformidad (arts. 149 y 150 CP). Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en Díez Ripollés y Gracia Martín (coords.), cit., pp. 333, 369, 384, 391-392, 400- 401, 402-404, 406.

(43) Así, por ejemplo, la deformidad es, según DÍEZ RIPOLLÉS, un concepto de naturaleza colectiva, que no puede quedar a merced de las preferencias personales del afectado, sino que habrá de precisarse en atención a las pautas sociales vigentes sobre las relaciones de pertenencia o integración en un colectivo o subcolectivo humano. Partiendo de unas exigencias mínimas comunes a todo ciudadano, prosigue el autor, las circunstancias personales de la víctima (edad, sexo, profesión, género de vida...) podrán tenerse en cuenta para elevar en ciertos casos la protección penal y no para reducirla. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, en Díez Ripollés y Gracia Martín (coords.), cit., pp. 403-404.

(44) Sobre los conceptos económico y jurídico-económico de patrimonio, cfr. GEERDS, cit., pp. 111-116; ASÚA BATARRITA, «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin», ADPCP, 1993(1), pp. 97 ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, cit., pp. 223-224.

(45) Cfr. MATA BARRANCO, «Observaciones para una discusión sobre el concepto funcional de propiedad y patrimonio», en AA.VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo*, 1995, pp. 244-245.

cir criterios correctores de la estricta evaluación económica, que permitan individualizar el daño patrimonial desde la perspectiva de la víctima, cuales son la teoría objetivo-individual y la teoría de la frustración del fin (46). Con arreglo a la primera, aplicada en la estafa de prestaciones bilaterales, la estimación del daño patrimonial debe atender al valor de uso de un bien para la satisfacción de las necesidades (objetivables) del adquirente, lo cual permite afirmar una lesión patrimonial cuando, pese a la objetiva equivalencia dineraria de la prestación y contraprestación, ésta carece por completo o tiene una escasa utilidad individual para el afectado. Conforme a la teoría de la frustración del fin, desarrollada en el ámbito de las prestaciones unilaterales a título gratuito (donaciones, gratificaciones), no cabe apreciar un daño patrimonial si, pese al consustancial menoscabo dinerario, se obtiene el fin social o económico pretendido por el disponente.

Estos criterios que en el concepto económico de patrimonio actúan como meros correctivos excepcionales para supuestos determinados constituyen, en cambio, el referente básico en la concepción funcional-personal del patrimonio (47). Desde esta perspectiva, la protección penal del patrimonio se dirige a garantizar a su titular las posibilidades de desarrollo personal que le brindan los bienes económicos bajo su dominio (48). El patrimonio se concibe, sobre todo, como una relación entre sujeto y objeto, cuya significación reside en la funcionalidad de éste para la satisfacción de los fines de aquél (49).

(46) Cfr. sobre estos correctivos, ASÚA BATARRITA, cit., pp. 82-83, 102 ss.; GEERDS, cit., pp. 113-114.

(47) Entre las aportaciones más significativas al concepto personal de patrimonio, OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, 1970, pp. 26 ss.; idem, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, cit., pp. 141-142, 224-227; HARTMANN, *Das Problem der Zweckverfehlung beim Betrug*, 1988, pp. 89 ss.; JAKOBS, «Die objektiv-individuelle Schadensermittlung beim Betrug-OLG Köln, NJW 1976, 1222», en *JuS*, 1977, pp. 228 ss. Muy próximo el concepto funcional de patrimonio de Weidemann, *Das Kompensationsproblem beim Betrug*, 1972, pp. 199 ss.

En la doctrina italiana, MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principio costituzionali*, 1988, pp. 51 ss.

En España, ASÚA BATARRITA, cit., pp. 123 ss.; MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1992, pp. 108 ss.

(48) Cfr. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, cit., pp. 141, 223, quien define el patrimonio como «unidad personalmente estructurada», constituida por las relaciones de dominio de una persona sobre objetos del tráfico económico, que garantiza su desarrollo personal. Asimismo, RUDOLPHI, «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», cit., p. 344.

(49) Éste es, por lo demás, como señala Otto, el enfoque que adopta la propia ciencia económica. Cfr. OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, cit., p. 225.

La dimensión subjetiva de utilidad constituye, por tanto, un elemento imprescindible en la propia configuración del bien jurídico y en la valoración del daño patrimonial (50).

Ahora bien, la atención a los fines o intereses individuales comporta un riesgo de inseguridad jurídica, pues, como señala Tiedemann, el particular no está determinado a la persecución de ciertos fines ni a un comportamiento económico racional. Los fines personales, prosigue el autor, se fijan, modifican y relegan a voluntad, confundiéndose con meras motivaciones, lo cual dificulta tanto la evaluación objetiva del daño patrimonial como la apreciación del dolo del autor, dada la versatilidad del objeto sobre el que éste debe proyectarse (51).

Sin embargo, en opinión de Asúa Batarrita (52), la crítica precedente parte de un equívoco, al considerar que el concepto funcional del patrimonio implica una protección penal de los fines concretos que el particular decide en cada caso, cuando, en realidad, lo que se pretende garantizar es la indemnidad del potencial funcional del patrimonio privado. Así visto, el daño patrimonial no reside en la frustración del fin concreto pretendido, sino en la merma de la capacidad económica del disponente para satisfacer de cualquier otro modo las necesidades que se marque (53).

Pese a todo, lo cierto es que el detrimento patrimonial se conecta a la exclusión o reducción de las posibilidades de realizar los fines indi-

---

(50) Aquí reside la diferencia básica con respecto a los criterios individualizadores incorporados al concepto económico de patrimonio, pues, en este contexto, la dimensión subjetiva no se adopta como premisa en la definición del bien jurídico, sino que tan sólo se recurre a ella para evaluar la lesión patrimonial en supuestos concretos.

(51) Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 2, BT, 1976, pp. 99 ss.; idem, «Der Subventionsbetrug», ZStW, 86 (1974), p. 911. Por esta razón, Tiedemann considera necesario seguir manteniendo, para el patrimonio privado, el concepto económico dominante. En cambio, sí acepta un concepto funcional de patrimonio con respecto al patrimonio público, particularmente en el ámbito de las subvenciones, por cuanto las prestaciones públicas se insertan dentro de una planificación presupuestaria, que vincula la disposición patrimonial a la obtención de fines de interés general, previstos normativamente. Cfr. TIEDEMANN, *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik*, 1974, pp. 315 ss.; idem, «Der Subventionsbetrug», cit., pp. 911-912.

(52) Cfr. ASÚA BATARRITA, «Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional», en AA.VV, *Hacia un Derecho penal económico europeo*, cit., p. 138.

(53) Cfr. asimismo ASÚA BATARRITA, «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales», cit., pp. 127 ss.; AMELUNG, cit., p. 374, para quien el daño patrimonial de la estafa reside en la ausencia de compensación por una disminución patrimonial, entendiendo por compensación la satisfacción de necesidades del disponente.

viduales, de modo que, aun cuando éstos no constituyan el objeto de protección penal, sí son tenidos muy en cuenta para estimar el daño (54). El peligro de inseguridad o arbitrariedad está, por ello, parcialmente fundado, siendo preciso la búsqueda de criterios normativos que permitan delimitar objetivamente los fines relevantes (55).

Puede concluirse, a la vista de los ejemplos precedentes (56), que la concreción de los bienes jurídicos de naturaleza individual a partir del método funcional teleológico aquí propuesto sólo resulta viable en la medida en que se proceda a una cierta «estandarización», con arreglo a parámetros objetivos, de las funciones que desempeñan para la persona los aspectos concretos de la realidad social percibidos como valiosos. De lo contrario, se pone en peligro la seguridad jurídica y la objetividad en la evaluación del daño (57).

## 2.2.2 *Certeza en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos*

La atención a los fines o intereses individuales no constituye un criterio apto para la concreción de los bienes jurídicos colectivos, pues, en este ámbito, no cabe establecer una relación funcional directa entre la persona y ciertas situaciones de la realidad social, susceptibles de un aprovechamiento inmediato de cara a la autorrealización personal. Se trata, más bien, de procesos de interacción que tienden a cubrir necesidades básicas de la sociedad en su conjunto (58) y, por inclusión, eso sí, de todos los ciudadanos, en cuanto partícipes de dicha

---

(54) En este sentido, GEERDS, cit., p. 127, cuando afirma que el concepto personal de patrimonio es sólo subjetivo en tanto coloca en primer plano, para evaluar el daño, la organización personal del patrimonio.

(55) Estos criterios se han ido desarrollando paulatinamente, reduciéndose los fines individuales relevantes a aquellos que sean objetivables, según el sector del tráfico o ámbito social en que tenga lugar la prestación, o que hayan sido expresamente acordados entre las partes. Cfr. al respecto ASÚA BATARRITA, «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales», cit., pp. 151 ss.

(56) No me detendré en otros bienes jurídicos individuales, que también han sido objeto de concreción a partir de un análisis funcional, como, p.ej., el honor. Cfr. OTTO, «Persönlichkeitsschutz durch strafrechtlichen Schutz der Ehre», en FS-Schwinge, 1973, pp. 71 ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Revisión del contenido del bien jurídico honor», ADPCP, 1984, pp. 305 ss., quien centra el contenido de este bien jurídico en las relaciones mutuas de reconocimiento como presupuesto de la participación en el sistema social; JAKOBS, «Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschutzes», en FS-Jescheck, 1, 1985, pp. 627 ss.

(57) En este sentido, AMELUNG, cit., p. 191.

(58) Véase AMELUNG, cit., p. 191: «La Administración de Justicia, la Administración Pública, la economía, etc., no son sujetos de intereses, que puedan equiparse al individuo, sino instituciones, que cumplen una función significativa para el conjunto de la sociedad».

interacción social. Pero el individuo, aisladamente considerado, no se encuentra en una posición de dominio con respecto a estos bienes, dado que la posibilidad de aprovechamiento se atribuye a todos (59). Por esta razón, en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos no se protege la libertad de disposición (60), que, sin embargo, es consustancial, en buena medida, a los bienes jurídicos individuales; como tampoco se reconoce una libertad de configuración personal de los fines relevantes a alcanzar. En definitiva, el individuo, en su consideración como titular del bien jurídico y sujeto pasivo, no puede constituir el referente básico para fijar la función social que desempeñan los bienes jurídicos colectivos, como tampoco para estimar la producción de un daño.

Se hace necesario, pues, un cambio de perspectiva, ya no funcional-personal, sino funcional-sistémica, atenta a la complejidad del sistema social (61). Este referente no implica por sí mismo, como sostiene la opinión más extendida, un riesgo de abstracción en la configuración de los bienes jurídicos colectivos; antes al contrario, puede aportar mayor certeza que el referente individual (62).

En efecto, como ya se ha dicho, la función social que han de satisfacer los subsistemas comunicativos generados por el propio sistema social queda prefijada o, al menos, puede extraerse con certeza de su regulación jurídica. La concreción de los bienes jurídicos colectivos se alcanza, por ello, en la medida en que se acometa una incursión cognitiva en otros sectores del ordenamiento jurídico.

### 3. LESIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

La propuesta de concreción de los bienes jurídicos colectivos aquí esbozada (63) servirá de base para rebatir la extendida opinión doctrinal tendente a interpretar estos bienes jurídicos como entes ideales, carentes de materialidad, y, por lo mismo, no susceptibles de lesión o, al menos, no por acciones individuales; lo que aboca, según se añade, a la creación de delitos de peligro como única aparente opción.

---

(59) Cfr. SOTO NAVARRO, cit., pp. 231-233.

(60) Cfr. SOTO NAVARRO, cit., pp. 195-198.

(61) En esta línea, MÜSSIG, cit., pp. 185 ss., quien propone un referente sistemático tanto para la configuración de bienes jurídicos individuales como colectivos.

(62) Véase MÜSSIG, cit., pp. 185-186, 206.

(63) Véase un desarrollo de esta propuesta mediante su aplicación a un significativo grupo de bienes jurídicos colectivos en SOTO NAVARRO, cit., pp. 251 ss.

De entrada, no deja de sorprender el correlato que se establece entre bienes jurídicos individuales-objetos materiales y bienes jurídicos colectivos-objetos ideales, a no ser que el concepto de materialidad varíe de significado según el ámbito de protección en que nos movamos. Lo que se quiere decir es que, a poco que se aleja la reflexión de los delitos contra la vida y la integridad física, no escasean las normas penales protectoras de bienes jurídicos atribuidos al individuo en las que el efecto dañoso de la conducta incriminada no se traduce en una modificación causal de un objeto perceptible en la realidad física (piénsese, p.ej., en el delito de amenazas o en los delitos contra el honor) y, sin embargo, ello no ha sido impedimento, aunque sí ha generado ciertas dificultades, para dotar de entidad material y lesionable al bien jurídico protegido.

La razón estriba en que ni la materialidad ni el concepto de lesión se entienden, hoy por hoy, en un sentido estrictamente naturalístico sino sociológico, de modo que la única cualidad necesaria *ab initio* para que un bien entre en el catálogo de bienes jurídicos protegidos es su pertenencia a la realidad social, con independencia de que sea o no aprehensible por los sentidos (64). A la vista del análisis realizado *supra*, bien puede afirmarse que tal cualidad concurre en los bienes jurídicos colectivos, por lo que no se explica su común descalificación como objetos ideales, salvo que, como decía, la materialidad exigible en los bienes jurídicos colectivos sea una más estricta, referida tan sólo a fenómenos del mundo natural. Muy claras en este sentido son las palabras de Graul, cuando afirma que la esfera de lo ideal no empieza allí donde acaba la corporeidad física, sino la realidad en sentido sociológico (65).

En realidad, la dificultad que comporta el proceso de concreción de los bienes jurídicos colectivos no estriba, a mi entender, en su naturaleza ideal, sino en la ineficacia de los criterios tradicionalmente empleados para delimitar unidades que constituyan concretas formas de manifestación del bien jurídico y sobre las que pueda estimarse su lesión. De entre tales criterios, el más significativo es el individuo en cuanto portador del bien jurídico y sujeto pasivo (66), a partir del cual

(64) Ello es lo que ha permitido afirmar, p.ej., que el honor es una «realidad empírica», aun cuando carezca de corporeidad, por la posibilidad de su constatación como realidad social. Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Revisión del contenido del bien jurídico honor», cit., p. 309.

(65) Cfr. GRAUL, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, 1991, p. 57. En el mismo sentido, HEFENDEHL, cit., p. 31.

(66) En este sentido, MARTIN, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, 1989, pp. 30-32; LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho Penal*, 1992, pp. 78 y 81; GARCÍA PÉREZ, *El delito de encubrimiento*, pp. 31-32.

se ha determinado la afección del bien jurídico. Si se observa, en los delitos contra bienes jurídicos individuales el individuo coincide sustancialmente con el objeto de la acción (u objeto material del delito) o, cuando menos, sirve para identificarlo por la vinculación subjetiva del objeto de la acción con el individuo. El primer supuesto se daría, p.ej., en el delito de homicidio, que no tutela la vida humana como especie, sino por medio de sus concretos portadores, de modo que para afirmar una lesión a la vida no es preciso que desaparezca la vida humana en cuanto tal, sino que basta con que se prive de ella a un concreto individuo (objeto de la acción homicida) (67). El segundo supuesto concurre, p.ej., en el delito de hurto, cuyo objeto material son las cosas muebles que integran el patrimonio de cada persona concreta, bastando con que se sustraiga una sola de ellas de la esfera de dominio de su titular para entender producida la lesión del patrimonio.

El individuo sirve también como referente para determinar la otra modalidad de afección al bien jurídico, esto es, la puesta en peligro. Obsérvese que, según la definición más extendida, el resultado de peligro requiere la entrada del bien jurídico protegido en el radio de influencia de la acción peligrosa tipificada (68), y la forma de constatar dicha entrada es precisamente por medio del individuo portador del bien jurídico (69). De hecho, no es inusual que se sustituya directamente la referencia al bien jurídico por la referencia a la persona a la hora de identificar un resultado de peligro (70).

Obviamente, con los bienes jurídicos colectivos el criterio del sujeto pasivo individual no funciona para determinar su afección.

Una segunda cuestión debe aclararse. El concepto de lesión del bien jurídico suele vincularse inmediatamente al concepto de resultado material. Sin embargo, se trata de dos problemas distintos, en

---

(67) Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, «El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista», cit., p. 18. Distinguen también estos dos planos en relación al bien jurídico vida, MIR PUIG, cit., p. 766; MARINUCCI y DOLCINI, cit., p. 182; AMELUNG, cit., p. 175; LAURENZO COPELLO, cit., pp. 151-152; 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, Romeo Casabona, Gracia Martín e Higuera Guimerá (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, 2002, p. 423.

(68) Cfr. por todos, CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, II, cit., pp. 114-115.

(69) Ello se explica en la medida en que los delitos de peligro se han conceputado, al igual que los delitos de lesión, pensando en los clásicos atentados contra bienes jurídicos eminentemente personales.

(70) Así, p.ej., MARTÍN, cit., p. 84, quien vincula la noción de peligro a la víctima.

cuanto corresponden a dos niveles de análisis bien diferenciables. En efecto, mientras la ofensa al bien jurídico pertenece a la teoría de la antijuricidad, siendo como es un elemento cofundamentador de lo injusto, en cambio, el resultado pertenece a la teoría de los tipos penales, predominando en él un carácter técnico o instrumental (71). Por medio del resultado se describe un efecto de la acción típica sobre un objeto acotado normalmente por el propio tipo (objeto de la acción), efecto que ha de producirse para la plena realización del delito. Pero el resultado, y éste es el argumento decisivo, no comporta automáticamente la ofensa al bien jurídico, dado que el objeto de la acción puede tener o no una vinculación material con el bien jurídico. Por esta razón, Graul ha procedido a distinguir dos tipos de resultado, según que el objeto de la acción «coincida o no» (se vincule o no, diría yo) con el bien jurídico. En un grupo incluye supuestos en los que el resultado consiste en la lesión del objeto de la acción, no coincidiendo esta lesión con la del bien jurídico protegido; en otro, aquellos otros supuestos en los que la lesión del objeto de la acción constituye al mismo tiempo la lesión del bien jurídico protegido (72).

En el ámbito de los bienes jurídicos colectivos cabe, a mi entender, la configuración de resultados materiales que comporten la lesión del bien jurídico, siempre y cuando el resultado no se conceptúe en un sentido estrictamente naturalístico. Pero dicha tarea, que exigiría un análisis particularizado de las diversas clases de estructuras típicas (delitos de resultado y delitos de simple actividad), sólo puede acometerse una vez que se clarifique la cuestión previa de la posible lesión de los bienes jurídicos colectivos por medio de acciones individuales. Este problema es el que atañe al presente estudio.

Si se ha propuesto la concreción de los bienes jurídicos colectivos a partir de un análisis sociológico-normativo de la realidad social, la lesión de los mismos ha de determinarse en el mismo plano.

La teoría sistemática ofrece una determinada concepción de la sociedad y, en esa medida, permite clarificar los efectos dañosos del delito, sintetizados en la lesión de un bien jurídico, como efectos sobre el propio sistema social. Ahora bien, no puede obviarse que el análisis sistemático presenta un carácter empírico-social, exento de

---

(71) Distinguen estos dos niveles de análisis RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, PG, 1978, p. 272; DÍEZ RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo*, 1981, pp. 43-44, núm. 143. No obstante, como ha puesto de manifiesto Laurenzo Copello, la separación entre el concepto de lesión y el concepto de resultado típico no se sostiene con el mismo rigor cuando se trata de establecer el contenido específico de cada uno de ellos. Cfr. LAURENZO COPELLO, cit., pp. 31-32.

(72) Cfr. GRAUL, cit., p. 108.

referentes axiológicos, por lo que su adopción acrítica comporta el riesgo de reintroducir, bajo nuevos ropajes, una perspectiva mecanicista. Del mismo modo que la lesión de la vida humana en cuanto bien jurídico no reside en la destrucción de un organismo biológico (73), tampoco la lesión de un bien jurídico colectivo puede nuclearse en torno a la afección del correspondiente subsistema comunicativo, entendido éste como mero mecanismo de organización social interna. De ahí que se haya propuesto la concreción de los bienes jurídicos colectivos en atención al valor funcional de las realidades sistémicas para el sistema social global.

Desde esta perspectiva, será lesivo el comportamiento que perturbe la función social encomendada a un determinado subsistema de comunicación (74), función que, primero, ha de revestir un carácter indispensable para la propia subsistencia y/o desarrollo del sistema social en su conjunto (75); segundo, ha de ser susceptible de un aprovechamiento colectivo, sin que ningún partípice en la interacción social pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros.

El concepto de lesión como perturbación de una función (Funktionsstörung) encuentra su origen ya en el pensamiento de Welzel, al hilo de su teoría de la adecuación social (76). La esencia de los bienes jurí-

(73) En este sentido CORCOY BIDASOLO, cit., p. 222, para quien habría que reinterpretar los problemas de eutanasia: «en determinadas situaciones, aunque se mata a una persona, no se lesiona el interés ni social ni individual por la vida y, por ello, ese comportamiento, formalmente de homicidio, no sería sancionable, al faltar la lesividad propia de este delito».

(74) En este línea AMELUNG, cit., p. 387, al definir el daño social como la «perturbación de un concreto proceso de interacción con significado funcional». No obstante, existen algunas diferencias notables respecto al planteamiento aquí adoptado. En primer lugar, Amelung construye el concepto de daño social desde una estricta perspectiva sistémica, lo que le conduce a un callejón sin salida, porque finalmente tiene que admitir la necesidad de juicios de valor para identificar los comportamientos lesivos dignos de incriminación. Ello le obliga a «saltar» de forma decisionista a premisas normativas que no estaban en las bases de su argumentación, cuales son el respeto a la dignidad de la persona humana (de extracto constitucional) y la atención a las convicciones generales. Consciente de ello, Amelung tiene que incorporar tales principios a su teoría de la dañosidad social como límites externos, que califica de «costes» (*ibidem*, pp. 388-393). En segundo lugar, la propuesta de Amelung no se dirige a conceptualizar la lesión del bien jurídico, sino a sustituirla por la dañosidad social en el plano de la fundamentación de lo injusto. A su entender, la utilidad del bien jurídico reside en un plano distinto, en cuanto criterio interpretativo para la «averiguación de las representaciones de un legislador que actúa de forma finalista» (*ibidem*, pp. 393-395), con lo cual viene a identificar bien jurídico con *ratio legis*.

(75) En este sentido RUDOLPHI, en SK-StGB, AT, cit., vor § 1, pp. 5-6, m. 8.

(76) Cfr. AMELUNG, cit., p. 190.

dicos consiste, según el autor, en un «ser-en-función», esto es, en influir en las relaciones sociales y sufrir los efectos de éstas: «Toda vida social radica en el uso y disfrute de bienes jurídicos, al igual que toda vida es, en definitiva, un aprovechamiento de la misma» (77). Desde esta perspectiva dinámica, la sociedad no es una institución para la conservación intacta de bienes; antes al contrario, a veces se sacrifican bienes para posibilitar el contacto social. Por esta razón, el sentido de la norma penal no reside, según Welzel, en la protección de los bienes jurídicos frente a toda clase de lesiones o peligros, sino más bien en la garantía de las funciones que aquéllos están llamados a desempeñar en la convivencia social. De ahí que la norma penal se limite a prohibir tan sólo determinadas acciones, las que comporten una perturbación intolerable, en cuanto no unida al uso conforme a la función que desempeña el bien jurídico (78).

Este enfoque dinámico, que Welzel utiliza principalmente de cara a una fundamentación de lo injusto basada en el desvalor de acción, es adoptado, en cambio, por Rudolphi para definir la lesión del bien jurídico, en la que identifica el «contenido mínimo» de la antijuricidad. Sostiene así el autor que el núcleo material de los comportamientos punibles reside en la perturbación de «aquellas funciones que son constitutivas para la vida social» (79). Pero la propuesta de Rudolphi se agota en esta caracterización general de la ofensa al bien jurídico, sin que aborde un desarrollo pormenorizado de la misma al hilo de sus comentarios a la Parte especial del Código penal alemán. Otros autores, en cambio, han centrado el rendimiento de esta fórmula (Funktionsstörung) en el particular ámbito de los bienes jurídicos colectivos, para rebatir la extendida opinión doctrinal que niega a estos bienes un carácter lesionable (80).

---

(77) WELZEL, cit., p. 515.

(78) WELZEL, cit., pp. 516-517. Adopta este razonamiento, como motivo de su crítica a la teoría de la protección de bienes jurídicos, JAKOBS, *Derecho Penal*, PG, cit., pp. 56-57.

(79) RUDOLPHI, «Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», cit., pp. 346 y 347; idem, en SK-StGB, AT, cit., vor § 1, p. 7, m. 10.

(80) Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, cit., pp. 546, 551, quienes, refiriéndose a los bienes jurídicos colectivos vinculados a actividades jurídicamente regladas (como, p.ej., la actividad jurisdiccional), afirman que la intervención penal se dirige a garantizar el ejercicio de ciertas funciones susceptibles de ofensa. En esta línea, también, PALAZZO, «I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione», RIDPP, 2/1992, p. 475, si bien este autor parece referir la lesión no tanto al perjuicio de la función material encomendada a una institución como al perjuicio de las condiciones de funcionamiento de la misma. A mi juicio, sin embargo, los bienes jurídicos colectivos no pueden concretarse adecuadamente con meras referencias al correcto funcionamiento de una institución. Cfr. *supra* epígrafe 2.2.

En efecto, si se parte de una adecuada concreción de la función material asignada a determinados subsistemas comunicativos y a los instrumentos básicos sobre los que éstos se estructuran, es posible delimitar formas de conducta que comporten un efecto lesivo para dicha función, entendiendo por efecto lesivo el impedimento u obstaculización de la misma (81). Y puesto que todo sistema de comunicación se descompone en acciones humanas, la perturbación de su función social ocasiona, desde la perspectiva del individuo, un perjuicio a sus posibilidades de acción (o posibilidades de uso) (82), bien porque resulte excluido como partícipe de la interacción, bien porque se limite su potencial aprovechamiento a título individual.

Por consiguiente, la lesión de los bienes jurídicos colectivos es un efecto que puede verificarse en el propio sistema social, si se adopta una perspectiva sociológico-nORMATIVA.

Pero la principal controversia doctrinal reside en si cabe la imputación de dicho efecto lesivo a conductas individuales. El propio AMELUNG concluye, al cierre de su obra, que difícilmente puede un acto individual causar un daño social apreciable, por lo que la mayor amenaza para la convivencia en una sociedad compleja reside en la repetición generalizada de conductas que no respeten las reglas básicas para el aseguramiento de la subsistencia y desarrollo del sistema (83). A mi entender, sin embargo, afirmaciones como ésta suponen desandar el camino andado, por cuanto se vuelve súbitamente a la posición original de incertidumbre ante la complejidad del sistema social, tras haber procedido a desentrañar su organización interna y su significado. La incongruencia es equiparable a la que supondría conceptualizar el homicidio como un delito de peligro abstracto, una vez concretado el valor

---

(81) Así MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di Diritto penale*, 1, 3.<sup>a</sup> ed., cit., pp. 546, 551.

(82) Cfr. AMELUNG, cit., p. 189. En este sentido también PALAZZO, cit., p. 476, con respecto a los que denomina bienes jurídicos «universales» (p.ej. medio ambiente), que diferencia de los bienes jurídicos colectivos referidos al funcionamiento de instituciones.

(83) Cfr. AMELUNG, cit., pp. 387-388. En esta línea también LOOS, «Zum „Rechtsgut“ der Bestechungsdelikte», en FS-Welzel, cit., pp. 888-889; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, pp. 300-301. Desde postulados distintos, SCHÜNEMANN, «¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?», en *Jornadas sobre la reforma del Derecho penal en Alemania*, 1991, p. 35, para quien «el gigantesco organismo colectivo de la economía de mercado es, por naturaleza, completamente insensible, en su función global, a las acciones defraudatorias individuales, por lo que estos bienes jurídicos colectivos, en contra de la interpretación de Tiedemann, no son lesionables en absoluto, ni siquiera puestos en peligro de forma típica, por los hechos individuales».

funcional de la vida humana para su propio portador y para el conjunto de la sociedad, argumentando que la muerte de una persona sólo representa, al fin y al cabo, una remota amenaza para la supervivencia de la especie.

Si, como aquí se ha intentado, los bienes jurídicos colectivos se concretan en unidades con valor funcional, cabe la delimitación de efectos lesivos generados por e imputables a acciones individuales. Veamos algún ejemplo.

#### 4. EL EJEMPLO DE LOS DELITOS AMBIENTALES Y URBA-NÍSTICOS

*a)* Los delitos contra el ambiente natural (84) presentan notables diferencias con respecto a los demás delitos contra las prestaciones básicas del sistema social. Un primer dato significativo es la materialidad física del objeto sobre el que inciden las conductas incriminadas (85), por lo que la crítica generalizada a los bienes jurídicos colectivos en base a su supuesto carácter ideal o espiritualizado pierde consistencia de la forma más clara en este particular ámbito. Pero hay un segundo aspecto diferenciador que interesa más destacar ahora, por cuanto afecta a mi propuesta de concreción de los bienes jurídicos colectivos, y que estriba en un aparentemente obligado cambio de perspectiva, ya no interna, sino externa al sistema social. Lo que se quiere decir es que los delitos ambientales no inciden en determinados subsistemas sociales, alterando sus respectivas funciones, sino que sus efectos se extienden más allá de los límites del sistema social, en un sistema mucho más complejo, el sistema ecológico o biosfera. Ello afecta de modo inmediato a mi línea de análisis, consistente en delimitar unidades funcionales constituidas dentro y por el propio sistema social para la satisfacción de las exigencias básicas de la convivencia. El ambiente, en cambio, es una realidad autónoma en su génesis (86), de la que depende no ya el funcionamiento del sistema social, sino su propia existencia, por cuanto contiene las bases naturales de la vida sobre este planeta.

---

(84) Se prefiere la expresión «ambiente natural» a la más extendida «medio ambiente» por encerrar esta última una redundancia innecesaria.

(85) Cfr. en este sentido MARTIN, cit., p. 33, para quien el ambiente natural, a diferencia de otros bienes jurídicos colectivos, sería equiparable a bienes jurídicos individuales concretos, como la vida o la salud.

(86) En sentido parecido MARTIN, cit., p. 33.

Ahora bien, conforme a la teoría sistémica de Luhmann (sistemas autopoieticos) (87) los sistemas sociales, como todo sistema vivo, están organizados autorreferencialmente, esto es, son sistemas cognitivos cerrados cuyos elementos interactúan y se reproducen a sí mismos circularmente en base a la comunicación. Ello no impide su apertura al ambiente (88), pero las relaciones no se establecen en términos de *input* y *output*, sino que son siempre reguladas por el propio sistema. Desde esta perspectiva, bien puede afirmarse que la percepción del ambiente natural y de su interacción con el sistema social es producto de la «autodescripción social interna», basada en estructuras de conocimiento y en procesos de reflexión (89). Consiguientemente, los elementos ambientales y la perturbación que les ocasiona la actividad humana sólo adquieren relevancia social en tanto aquéllos se «reconstruyen» atendiendo a su valor funcional, en cuanto recursos necesarios para el sistema social. De ahí que los delitos ambientales puedan encuadrarse entre los que atentan contra las prestaciones básicas del sistema social.

Sentada esta premisa, la delimitación del objeto digno de tutela penal habrá de hacerse, a mi entender, a partir de dos fuentes de conocimiento fundamentales: por un lado, la ciencia ecológica, que describe el ambiente natural como realidad física (90); por otro, los sectores del ordenamiento jurídico que abordan la materia, en especial las normas administrativas y comunitarias (91), regulando la gestión de los recursos naturales y marcando los niveles permitidos de degradación ambiental.

Desde el punto de vista empírico, las investigaciones procedentes de las ciencias naturales han puesto de relieve el carácter sistémico del ambiente natural (ecosistema), en cuanto conjunto organizado de elementos abióticos o mediales (aire, agua, suelo) y bióticos (flora, fauna), interrelacionados y en un equilibrio dinámico, de modo que cualquier afección a un subsistema repercute en los demás (co-dependencia funcional), disponiendo de mecanismos para compensar, den-

---

(87) Cfr. SOTO NAVARRO, cit., pp. 17-22.

(88) Conviene recordar, no obstante, que Luhmann no utiliza el término ambiente como equivalente al ambiente natural.

(89) Cfr. MÜSSIG, cit., pp. 222 ss.

(90) Subrayan la necesidad de una apertura a las aportaciones de la ciencia ecológica MARTÍN MATEO, «El delito ambiental. Reflexiones desde el Derecho administrativo», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, 1989, p. 811; RODAS MONSALVE, *Protección penal y medio ambiente*, 1993, p. 89.

(91) Sobre la influencia del Derecho comunitario europeo en la determinación del bien jurídico protegido, cfr. CARO CORIA, *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, 1999, pp. 206 ss.

tro de ciertos límites, las perturbaciones externas (92). La constatación de las graves consecuencias que para el propio sistema social tiene un impacto en los factores ambientales superior a su capacidad de autorregeneración ha conducido a que la doctrina más reciente conceptúe el bien jurídico en torno al mantenimiento del equilibrio o estabilidad del ecosistema (93).

Sin embargo, tal propuesta no consigue más que delimitar un adecuado marco de referencia, pero el análisis no puede detenerse llegados a este punto si se pretende realmente que el concepto de bien jurídico, en cuanto instrumento técnico-jurídico, sea operativo, pues el equilibrio del ecosistema es una noción tan genérica (94) como puede serlo el correcto funcionamiento del sistema social. Las exigencias de eficacia y certeza en la incriminación penal aconsejan, por ello, una mayor concreción por la vía de delimitar los subsistemas que conforman el ecosistema (95), de modo que en torno a cada uno de ellos se constituya un bien jurídico autónomo y puedan tipificarse conductas que entrañen cierto grado de lesividad (96).

---

(92) La investigación científica ha desarrollado, por lo demás, ciertos parámetros que permiten evaluar la estabilidad de los ecosistemas y su grado de resistencia máxima ante las perturbaciones externas. Cfr. al respecto CARO CORIA, cit., pp. 272 ss. y 294 ss.

(93) Con anterioridad al nuevo Código penal se pronunció ya en esta línea Bacigalupo, aportando una definición que ha tenido una amplia acogida: «mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus subsistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales». Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente», *Estudios Penales y Criminológicos*, V, 1981, pp. 200-201. Adoptan esta definición, entre otros, PERIS RIERA, *Delitos contra el medio ambiente*, 1984, p. 28; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, 1992, pp. 59-60; idem, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, 1998, pp. 58-59; GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, 1998, p. 126. Cfr. asimismo una perspectiva sistémica en RONZANI, *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht*, 1992, pp. 26-28; RODAS MONSALVE, cit., pp. 89-90; CARO CORIA, cit., pp. 263 ss., quien define la estabilidad del ecosistema en tanto bien jurídico como la capacidad de resistencia de los sistemas ambientales naturales ante perturbaciones externas de origen humano.

(94) En este sentido RODAS MONSALVE, cit., p. 90.

(95) En esta línea RODAS MONSALVE, cit., pp. 90-91 y 93. Cfr. asimismo PRATS CANUT, «Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código Penal de 1980», en *Estudios jurídicos en honor del Prof. Pérez-Vitoria*, vol. II, 1983, p. 756.

(96) De opinión contraria CARO CORIA, cit., pp. 269 y 289, para quien sólo hay un bien jurídico protegido, la estabilidad del ecosistema, pero con diversos objetos materiales (aire, agua, suelo, flora y fauna). Sin embargo, a la hora de concretar el resultado de lesión o de peligro en los delitos ambientales se encuentra con la dificul-

Esta propuesta goza ya de un amplio predicamento en la doctrina alemana, que de forma casi unánime hace referencia a los diferentes «bienes jurídicos ecológicos» (ökologische Rechtsgüter) protegidos en los §§ 324 ss. StGB (97), interpretación facilitada por el propio legislador penal, en cuanto que, a diferencia de nuestro ordenamiento, estructura las conductas punibles en base a la afección de cada elemento ambiental, distinguiéndose así tipos penales para la tutela del agua, aire, suelo, flora y fauna (98).

Ahora bien, la necesidad de concretar diversos bienes jurídicos a partir de los subsistemas que conforman la biosfera no debe llevar al equívoco de identificar aquéllos directamente con los elementos ambientales. El agua, p.ej., en su concepción naturalística, tan sólo constituye un sustrato empírico sobre el que edificar el bien jurídico protegido (99), del mismo modo que la vida humana, entendida exclusivamente como realidad físico-biológica, no agota el contenido del

---

tad de referirlo a un bien jurídico tan amplio, por lo que recurre a la tesis de Jakobs de los «objetos con función representativa» (*ibidem*, pp. 510 ss.), que no es sino una variante del concepto de bien jurídico intermedio, formulado para solventar los problemas de concreción que, por su pretendido carácter inmaterial, plantean los bienes jurídicos colectivos. Véase mi crítica a esta construcción en SOTO NAVARRO, cit., pp. 181-185.

(97) Cfr., entre otros, STEINDORF, en LK-StGB, 1997, vor § 324, mm. 9a, 15 y 16; LACKNER y KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 1997, vor § 324, m. 7; HORN, en SK-StGB, *BT*, 1998, vor § 324, m. 2; TRIFFTERER, *Umweltstrafrecht*, 1980, pp. 33-35; KAREKLAS, *Die Lehre vom Rechtsgut und das Umweltstrafrecht*, 1990, pp. 97-102; KLOEPFER y VIERHAUS, *Umweltstrafrecht*, 1995, pp. 12 y 13; TIEDEMANN y KINDHÄUSER, «Umweltstrafrecht- Bewährung oder Reform?», *NStW*, 1988, p. 338; ROGALL, «Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts», p. 512; RENGIER, «Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht», *NJW*, 1990, p. 2515.

(98) El CP español no adopta esta técnica de tipificación, salvo en los delitos contra la flora y fauna, regulados en un capítulo distinto al dedicado a la tutela de los recursos naturales, lo que ha dado pie a las primeras propuestas de delimitación de un bien jurídico autónomo en relación con el subsistema biótico y conceptualizado como «diversidad biológica». Cfr. en este sentido, PRATS CANUT, en Quintero Olivares (dir.) y MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 1999, p. 933; HAVA GARCÍA, *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, 2000, pp. 53 ss.

(99) Así lo advierte BLOY, «Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes», *ZStW*, 100 (1988), p. 493, cuando señala que el ambiente en tanto bien jurídico «no puede entenderse como una suma de elementos y fenómenos naturales. El agua, el suelo, el aire, etc. tan sólo designan los objetos de la acción». Cfr. asimismo POLAINO NAVARRETE, «La criminalidad ecológica en la legislación penal española», en *Política criminal y reforma penal*, 1993, p. 856. Incluye en este equívoco, a mi entender, BLANCO LOZANO, *La tutela del agua a través del Derecho penal*, 2000, pp. 378 ss., cuya acertada propuesta de dotar de sustantividad propia al «Derecho penal hidrológico» se frustra con la directa configuración de las aguas continentales como bien jurídico protegido.

bien jurídico protegido en el homicidio y figuras afines, por cuanto ello conduciría a una protección absoluta, incompatible con la propia autorización del Derecho positivo para atentar contra ella en determinadas circunstancias (100).

Así pues, la concreción normativa de los bienes jurídicos a proteger en este ámbito sólo puede alcanzarse mediante la identificación de su valor funcional, que radica, a mi entender, en las funciones ecológicas asignadas por el sistema social a cada recurso natural (101). La comprensión del ambiente natural como fuente de recursos comporta que la relación entre el hombre y dicho ambiente se establezca, ante todo, en términos de aprovechamiento social de los recursos naturales, esto es, desde una perspectiva sociológica y no exclusivamente científico-natural (102).

En esta tarea de delimitación cobra un importante significado la segunda fuente de conocimiento que señalaba más arriba, a saber, la regulación jurídica extrapenal, cuyo cometido básico es la gestión y control del aprovechamiento racional de los recursos naturales.

En materia de contaminación, p.ej., que integra uno de los núcleos más significativos de las conductas incriminadas, el Derecho administrativo utiliza un instrumento técnico-valorativo, los llamados límites de tolerabilidad, que fijan los niveles máximos permitidos de presencia de elementos contaminantes en cada elemento medial (agua, atmósfera, suelo). Pero, de cara a la obtención de criterios sustantivos, el dato más relevante es que, por regla general, la determinación de tales niveles de inmisión no se realiza en abstracto para cada medio, sino a partir de los diversos usos del mismo previamente fijados. De entre tales aprovechamientos, no pocos son de contenido económico (p.ej. usos industriales del agua), pero otros guardan directa relación con el mantenimiento de las bases naturales de la vida, siendo en éstos donde habrá que profundizar para la concreción de los bienes jurídicos protegidos en los delitos ambientales.

Un ejemplo paradigmático es la planificación hidrológica, en la que se fijan criterios de calidad mínima exigible en función del des-

---

(100) Cfr. al respecto GRACIA MARTÍN, en Díez Ripollés y Gracia Martín (coords.), cit., p. 28.

(101) En esta línea la mayoría de la doctrina alemana. Así, por ejemplo, en los tipos específicos para la protección del agua el bien jurídico se conceptúa en torno a las funciones ecológicas del agua para el hombre y para el ambiente. Cfr. STEINDORF, en LK-StGB, cit., § 324, m. 3; LACKNER y KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, cit., § 324, m. 1; RUDOLPHI, «Primat des Strafrechts im Umweltschutz», *NStZ*, 1984, p. 196; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, cit., pp. 429-430; MÜSSIG, cit., pp. 225-226.

(102) En este sentido, RONZANI, cit., p. 28.

tino específico de las aguas (103), distinguiéndose entre los principales usos la producción de agua potable y los denominados «usos ambientales», como la conservación de vida piscícola (104).

En la doctrina alemana, adopta un planteamiento similar para la concreción del bien jurídico protegido en el § 324 StGB, relativo a la contaminación de las aguas, Papier (105). La diferencia estriba en que dicho autor no discrimina entre los diversos aprovechamientos fijados por las normas administrativas, en tanto aquí se propone elevar a objeto de protección penal tan sólo los usos que guarden directa relación con el mantenimiento de las bases naturales de la vida (incluida la vida humana).

Este enfoque permite, además, la delimitación de unidades físicas concretas sobre las que inciden las conductas incriminadas como objeto material del delito, por cuanto los usos de cada recurso natural se fijan tras su división artificial en unidades espaciales (106). Así, p.ej., las aguas terrestres se delimitan geográficamente por cuencas, que se dividen, a su vez, en zonas, subzonas y áreas (107).

Si, como propongo, el elemento clave en la concreción de los bienes jurídicos protegidos en materia ambiental es el uso o usos ecológicos a que se destine cada recurso natural, la lesión del bien jurídico estribará en la perturbación de la función ecológica del recurso natural concreto, de modo que éste no pueda ya destinarse al uso pretendido (108). Tal lesión es además susceptible de comprobación empí-

(103) Cfr. artículo 79 del Reglamento de Administración pública del Agua y de la Planificación hidrológica (RD 927/1988, de 29 de julio) y Órdenes del Ministerio de Medio Ambiente de 13 de agosto de 1999 y de 6 de septiembre de 1999, que fijan para cada cuenca hidrográfica los usos actuales y futuros y, en base a ello, las correspondientes normas de calidad.

(104) En esta línea, Kuhlen, «Umweltstrafrecht-auf der Suche nach einer neuen Dogmatik», ZStW, núm. 105, 1993, p. 715, quien distingue entre aprovechamientos humanos directos del agua (p.ej., aprovechamiento de un arroyo para pescar o de una fuente natural para abastecimiento de agua potable) y la función del agua como biotopo, esto es, como ambiente vital de la flora y fauna, siendo equiparables, según el autor, ambos tipos de funciones ecológicas a efectos de protección penal.

(105) Cfr. PAPIER, *Gewässerverunreinigung. Grenzwertfestsetzung und Strafbarkeit*, 1984, pp. 3 ss.

(106) Propugna una concreción de los bienes jurídicos ambientales atendiendo a unidades físicas HIRSCH, «Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 384.

(107) Cfr. Órdenes del Ministerio de Medio Ambiente citadas *supra*, que fijan las subdivisiones de cada cuenca hidrográfica.

(108) Significativo al respecto es, p.ej., la definición que aporta el artículo 85 de la Ley de Aguas (Ley 29/1985, de 2 de agosto) de la contaminación como acción y efecto de «introducir materias o formas de energía (...) que, de modo directo o indi-

rica, siendo un indicio significativo, aunque no determinante, la violación de los límites de tolerabilidad. A ello habrán de sumarse informes técnicos y científicos que evalúen en el caso concreto el impacto ambiental de la conducta incriminada (109).

b) Los delitos urbanísticos presentan notas en común con los delitos ambientales, sobre todo porque inciden también en un recurso natural, el suelo, si bien desde una perspectiva diferente.

La rúbrica del Capítulo en que se insertan estos delitos alude a la «ordenación del territorio», pero se trata de un concepto demasiado genérico (110) que, a lo sumo, puede indicar la *ratio legis* (111), pero no el bien jurídico protegido. Incurren, por ello, en una interpretación formalista aquellos autores que identifican el bien jurídico con la normativa reguladora de la ordenación del territorio (112).

Desde una perspectiva material, la dañosidad de las conductas sometidas a la disciplina urbanística reside, a mi entender, en la afectación de las propiedades del suelo como elemento básico del ambiente humano (113). Pero de cara a la concreción de un bien jurídico, este planteamiento requiere de un desarrollo más matizado (114).

---

recto, impliquen una alteración perjudicial de su calidad en relación con los usos posteriores o con su función ecológica» (subrayado añadido).

(109) Véase a mayor abundamiento SOTO NAVARRO, cit., pp. 325-326.

(110) Cfr. LÓPEZ RAMÓN, *Estudios jurídicos sobre ordenación del territorio*, 1995, pp. 23-24 y 64; idem, «Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 151, 1997, pp. 54-56; DOMÍNGUEZ LUIS y FARRÉ DÍAZ, *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, 1998, pp. 45 ss.

(111) En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, «¿Política criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español», *Actualidad Penal*, núm. 23, 1998, p. 436.

(112) Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, cit., p. 534, aunque reconoce que se trata de un bien jurídico «puramente formal» que «no ofrece en sí mismo las razones materiales que justifican la intervención del Derecho penal»; BOIX REIG y JUANATEY DORADO, en Vives Antón y otros, *Derecho penal. Parte especial*, 1999, p. 626, quienes cuestionan también si con ello se cubren las exigencias del concepto material de bien jurídico. En esta línea también DOMÍNGUEZ LUIS y FARRÉ DÍAZ, cit., p. 76, para quienes el bien jurídico protegido es la «legalidad de la ordenación del territorio», más concretamente, la legalidad de «la actividad urbanística, pero no la total actividad urbanística en los términos expresados en el artículo 2 del Texto refundido de la Ley del Suelo, sino únicamente aquella referida a la intervención del ejercicio de las facultades dominicales relativas al uso del suelo y edificación». Asimismo LÓPEZ RAMÓN, *Estudios jurídicos sobre ordenación del territorio*, cit., p. 54.

(113) En esta línea CONDE-PUMPIDO, en Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia, II*, 1997, p. 3196.

(114) Tal concreción no puede venir dada, a mi juicio, por el concepto de calidad de vida (o calidad del hábitat), como propone Rodríguez Ramos, pues, antes al contrario, con él se difuminan los contornos del bien jurídico por lo difícilmente aprehensible que resulta. Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, «La protección penal del urbanismo

El suelo es un recurso natural escaso e imprescindible para el asentamiento humano, y sin embargo sujeto, desde tiempos inmemoriales, al derecho de propiedad privada. Ello provoca un claro conflicto entre los intereses particulares del propietario (asistido por su derecho legítimo) y los intereses generales, que se ha solventado en la propia Constitución con el reconocimiento de la función social de la propiedad y de la posibilidad de expropiar por razones de utilidad pública, en el artículo 33 CE (115), y con la exigencia de una regulación del uso del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, en el artículo 47 CE (116).

Sobre esta premisa, el Derecho urbanístico no es sino un complejo entramado institucional de organización y control del uso del suelo, que delimita el ejercicio de las facultades inherentes al derecho de

---

(Pautas para criminalizar algunas conductas)», *Revista de Derecho Urbanístico*, 1983, núm. 81, pp. 39-40. Tampoco me parece convincente la propuesta de Acale Sánchez, para quien todos los delitos del Título XVI atentan contra un mismo bien jurídico plural, a saber, el medio ambiente, la ordenación del territorio y el patrimonio histórico, de modo que la singularidad de los preceptos aquí examinados residiría tan sólo en el medio comisivo (agresiones urbanísticas) y no en el bien jurídico protegido. Cfr. ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos*, 1997, pp. 51-52, 75 ss., 185 ss.

(115) Cfr. la STC 111/1983, de 2 de diciembre (RTC 1983, 111) y, sobre todo, la STC 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987, 37), sobre la Ley Andaluza de Reforma Agraria, donde se lleva a cabo un detallado análisis del régimen constitucional de la propiedad, declarando que «la Constitución española reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad» (FJ. 2).

(116) A partir de las limitaciones del derecho de propiedad, Acale Sánchez identifica el bien jurídico ordenación del territorio con «la promoción del contenido social del derecho de propiedad, con el aprovechamiento por parte de la colectividad de las plusvalías generadas: para que existan zonas verdes, viales, bienes de interés comunitario, es preciso que todos los propietarios participen en dicha labor, no ya cediendo parte de su derecho de propiedad a la comunidad, sino no apropiándose de la parte social de su derecho que no le pertenece». Sobre esta base interpreta el artículo 319 CP como un delito de lesión plurifensivo, «en el que se produce un menoscabo efectivo y material del ambiente y del patrimonio histórico a través de la lesión material de sus respectivos referentes materiales, y una lesión del equilibrio de intereses que se resuelve en la ordenación del territorio, como bienes jurídicos protegidos». Cfr. ACALE SÁNCHEZ, cit., pp. 207-208 y 221.

propiedad en atención a los intereses generales (117). El instrumento básico arbitrado a tal fin es el planeamiento, a través del cual se clasifica el suelo (suelo urbano, urbanizable y no urbanizable), con una reducción progresiva de las facultades urbanísticas a mayor nivel de protección del suelo. El suelo no es sólo objeto de clasificación, sino también de calificación, en virtud de la cual se destina a diversos usos específicos, tales como uso residencial, uso industrial, sistemas generales de comunicación, espacios libres, zonas de equipamiento comunitario (centros docentes y culturales, hospitalares, etc.), uso agrícola, zonas de reserva ambiental, etc. El que un suelo se destine a un determinado uso no es una decisión arbitraria, sino que responde a las necesidades y exigencias reales de cada núcleo de población.

La unidad territorial básica del planeamiento es el municipio, de modo que, por regla general, son los planes urbanísticos municipales, con sus normas complementarias y subsidiarias (118), los que fijan la clasificación y calificación de un determinado suelo.

De todo ello puede extraerse que el fin de la disciplina urbanística es velar por una utilización racional del suelo, en cuanto soporte de actividades sociales. Tal racionalidad se entiende a partir del conflicto, como fruto de un posible consenso entre intereses contrapuestos. Desde esta perspectiva, la incriminación penal sólo se justifica ante aquellas conductas que alteren gravemente la función (usos) a que está destinado cada suelo (119). Considero, por ello, que el objeto digno y susceptible de protección penal es la función del suelo, que habrá de delimitarse en atención a tres parámetros fundamentales: el municipio, como unidad territorial, la clasificación y la calificación del suelo. Estos dos últimos son criterios normativos, de los cuales no parece posible prescindir, dado el condicionamiento en esta materia por el modelo de tutela extrapenal.

(117) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, 1999, pp. 15-17, para quien, citando el libro blanco inglés Land, la planificación «consiste en asegurar un equilibrio apropiado entre todas las demandas de suelo, de tal manera que el suelo se utilice en interés de todo el pueblo». Asimismo, PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Urbanístico*, 1999, pp. 2-3, quien define el Derecho urbanístico como un límite a la concepción todopoderosa del derecho de propiedad, cuyo objeto de regulación son «potestades públicas muy claras, como la de ordenar el conjunto del territorio, la urbanización y la intervención administrativa sobre el *ius aedificandi*, es decir, en el derecho del propietario de transformar el propio fundo».

(118) Sobre las clases de planes e instrumentos para su desarrollo, cfr. PARADA VÁZQUEZ, cit., pp. 202 ss.

(119) En esta línea parece ir la propuesta de Morales Prats y Tamarit Sumalla, quienes, con respecto al suelo no urbanizable, sostienen que los tipos penales deberían construirse sobre «la conducta de alteración ilegal y esencial en el destino del suelo». Cfr. MORALES PRATS y TAMARIT SUMALLA, en Quintero Olivares (dir.) y Morales Prats (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 885.

# SECCIÓN LEGISLATIVA

## Disposiciones

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

LEY ORGÁNICA 4/2005, DE 10 DE OCTUBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, EN MATERIA DE DELITOS DE RIESGO PROVOCADOS POR EXPLOSIVOS

(BOE núm. 243, de 11 de octubre de 2005)

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Gobierno ha elaborado un conjunto de medidas antiterroristas para impulsar la lucha contra las bandas armadas tanto originarias de nuestro país como aquellas otras organizaciones criminales de ámbito internacional. Frente a la amenaza terrorista se hace preciso introducir mejoras en el ordenamiento sancionador con las que nuestro Estado Social y Democrático de Derecho pueda responder a esta amenaza de forma garantista, legítima y eficaz.

A tal efecto, la actual reforma trata de reforzar la intervención sancionadora en un ámbito susceptible de mejorar, como es el de la utilización de sustancias explosivas que puedan causar estragos, con el objetivo de elevar el reproche penal del tráfico indebido y el incumplimiento de los deberes relativos a la seguridad colectiva en la tenencia de tan peligrosas sustancias.

La presente reforma adopta como ineludible punto de partida la necesidad de tutelar la vida y la integridad física de las personas, que encuentran su referente constitucional en los derechos fundamentales del artículo 15 de la Constitución Española, frente a cualesquiera atentados contra la seguridad colectiva, entre otros bienes jurídicos.

Al dotar al ordenamiento jurídico de nuevas medidas para intensificar el control y la seguridad de los explosivos que pueden causar estragos se pretende evitar que esas bandas armadas puedan apoderarse de ellos de forma ilícita y puedan, así, cometer gravísimos atentados contra la vida y la integridad física de las personas. La potestad sancionadora administrativa se revela como insuficiente para atajar la conducta de quienes estando obligados a ello no observan las medidas de vigilancia y control de los explosivos. Es evidente que las normas penales vigentes no permiten sancionar estas conductas que pueden coadyuvar en ocasiones a

que los terroristas puedan disponer de los explosivos con los que cometan sus actos criminales.

En consecuencia, las mejoras de la legislación penal que ahora se introducen se justifican en la protección de bienes como la vida y la integridad física y, en última instancia, en la protección de la seguridad colectiva frente a infracciones de extrema gravedad realizadas empleando instrumentos explosivos.

Se introducen, por consiguiente, tres nuevos apartados, numerados como 2, 3 y 4, en el artículo 348 del Código Penal, con los que se trata de endurecer la respuesta sancionadora frente a conductas ilícitas de los responsables de la vigilancia, el control y la utilización de explosivos.

En primer lugar, se trata ahora de incriminar expresamente la conducta de los sujetos obligados legal o contractualmente a la vigilancia, la custodia y el consumo de sustancias explosivas que puedan causar estragos que contravengan la normativa de explosivos, básicamente el Reglamento de Explosivos, aprobado por el Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, y las disposiciones generales que lo desarrollan. Se requiere, en todo caso, que dicho incumplimiento haya facilitado la efectiva pérdida o sustracción de los explosivos, lo que permite diferenciar esta conducta penalmente relevante del correspondiente ilícito administrativo, que quedará restringido a los casos no comprendidos en la descripción típica, entre otros, la vulneración imprudente del deber de vigilancia o la vulneración dolosa o imprudente de la vigilancia de artefactos pirotécnicos y cartuchería en general.

En segundo lugar, se castigan determinadas infracciones que, en la práctica, impiden constatadamente un control eficaz de los explosivos, como son las obstaculizaciones a la actividad inspectora de la Administración, la falsedad u ocultación de información relevante en el ámbito de medidas de seguridad y la desobediencia expresa a las órdenes de la Administración que obliguen a subsanar importantes defectos denunciados en materia de seguridad.

Por otra parte, se aumentan las penas previstas en el apartado 1 del artículo 348 del Código Penal, para equiparar las consecuencias jurídicas de este delito a aquellas con las que se cominan los ilícitos del nuevo apartado 2 del mismo artículo. De este modo, las conductas referidas en ambos apartados se castigan con idéntica pena conjunta de prisión, multa e inhabilitación especial, penas que se impondrán en su mitad superior cuando las conductas se cometan por personas que tengan responsabilidad sobre las empresas o sociedades que manejan y utilizan explosivos. En este último caso, se incluye, como eficaz previsión, la posibilidad de imponer alguna de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal.

Por su parte, los delitos del nuevo apartado 4 serán castigados con pena de prisión de seis meses a un año, así como con multa e inhabilitación especial de duración inferior a las previstas en los apartados 1 y 2.

Lógica consecuencia de las anteriores reformas es, por último, la modificación de la rúbrica de la sección 3.<sup>a</sup> del capítulo I del título XVII del libro II, que ahora pasa a denominarse «De otros delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes», con lo que se trata de destacar que en la *ratio legis* o finalidad objetiva que informa la interpretación de estos preceptos cobra relevancia la idea de la peligrosidad de las sustancias explosivas que puedan causar estragos, por cuanto pueden perturbar gravemente la seguridad colectiva y poner en riesgo bienes jurídicos individuales tan esenciales para la convivencia en nuestra sociedad democrática como son la vida o la integridad física.

**Artículo único. *Modificación del Código Penal.***

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se modifica la rúbrica de la sección 3.<sup>a</sup> del capítulo I del título XVII del libro II, que tendrá la siguiente redacción:

«De otros delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes»

Dos. El artículo 348 tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 348.

1. Los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contraviniendo las normas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a doce años.

2. Los responsables de la vigilancia, control y utilización de explosivos que puedan causar estragos que, contraviniendo la normativa en materia de explosivos, hayan facilitado su efectiva pérdida o sustracción serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a doce años.

3. Las penas establecidas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando se trate de los directores, administradores o encargados de la sociedad, empresa, organización o explotación. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

4. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a seis años los responsables de las fábricas, talleres, medios de transporte, depósitos y demás establecimientos relativos a explosivos que puedan causar estragos, cuando incurran en alguna o algunas de las siguientes conductas:

*a)* Obstaculizar la actividad inspectora de la Administración en materia de seguridad de explosivos.

*b)* Falsear u ocultar a la Administración información relevante sobre el cumplimiento de las medidas de seguridad obligatorias relativas a explosivos.

*c)* Desobedecer las órdenes expresas de la Administración encaminadas a subsanar las anomalías graves detectadas en materia de seguridad de explosivos.»

**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».

**REAL DECRETO 1452/2005, DE 2 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE REGULA LA AYUDA ECONÓMICA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 27 DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO**

(BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2005)

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 27, establece el derecho a percibir una ayuda económica a las mujeres víctimas de violencia de género que se sitúen en un determinado nivel de rentas y respecto de las que se presume que, debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, tendrán especiales dificultades para obtener un empleo. Se trata de un derecho subjetivo mediante el que la citada Ley Orgánica asegura uno de sus principios rectores, recogido en su artículo 2, letra *e*), cual es garantizar derechos económicos para las mujeres víctimas de violencia de género, con el fin de facilitar su integración social.

El reconocimiento de este derecho requerirá la acreditación por parte de la víctima de insuficiencia de recursos económicos, situados en unos ingresos iguales o inferiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias; así como un informe del Servicio Público de Empleo competente en el que se prevea, fundadamente, y durante el diseño de su itinerario personal de inserción laboral, que su inclusión en los programas de empleo específicos que se establezcan para estas víctimas, previsión recogida en el artículo 22 de la referida Ley Orgánica, no va a mejorar sustancialmente su empleabilidad.

Este informe, necesario para el reconocimiento de este derecho, se emitirá por el Servicio Público de Empleo competente con carácter excepcional y para el momento en que se tramite la concesión de la ayuda, pues deben quedar salvaguardados los objetivos principales perseguidos por la política de empleo, uno de los cuales es asegurar políticas adecuadas de integración laboral a aquellos colectivos que presentan mayores dificultades, garantizándoles la aplicación de políticas activas de empleo, garantía que constituye, a su vez, uno de los fines del Sistema Nacional de Empleo, por lo que, en el caso de que desaparezcan o se modifiquen las circunstancias que hagan prever la no empleabilidad de la víctima, el itinerario de inserción profesional debe ser retomado.

Las ayudas consisten en un pago único que se modulará en función de las responsabilidades familiares o del grado de minusvalía de la víctima o de alguno de los familiares a su cargo, o por ambos conceptos. El procedimiento de concesión y pago de las ayudas corresponde a las Administraciones competentes en materia de servicios sociales y serán financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

La posibilidad de modulación de la cuantía de la ayuda económica en atención a las circunstancias anteriormente mencionadas, así como la necesidad de efectuar una mayor concreción de los factores que influyen en la capacidad de inserción profesional de la mujer víctima de violencia de género, aconseja el desarrollo reglamentario del artículo 27, con el fin de asegurar la correcta aplicación de la norma y garantizar el principio de seguridad jurídica y la igualdad en el acceso al derecho reconocido, dejando a salvo las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas para establecer el procedimiento de concesión de la ayuda.

En la elaboración de este Real Decreto han sido consultadas las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, a través de la Conferencia Sectorial de la Mujer, así como las organizaciones no gubernamentales de mujeres.

Igualmente se ha tenido en cuenta el informe elaborado por el Consejo Económico y Social.

Por su parte, la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, habilita al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para su aplicación.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, con la aprobación previa del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 2 de diciembre de 2005, dispongo:

*Artículo 1. Objeto.*

Este Real Decreto tiene por objeto regular la ayuda económica prevista en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, dirigida a las víctimas de violencia de género para las que quede acreditada insuficiencia de recursos y unas especiales dificultades para obtener un empleo.

*Artículo 2. Acreditación de la situación de violencia de género.*

Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento del derecho a la ayuda económica regulada en este Real Decreto, se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la denunciante es víctima de violencia de género en tanto se dicta la orden de protección.

*Artículo 3. Requisitos de acceso.*

Para ser beneficiaria del derecho a la ayuda económica, la mujer víctima de violencia de género deberá reunir, a la fecha de solicitud de la ayuda, los siguientes requisitos:

- a) Carecer de rentas que, en cómputo mensual, superen el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.
- b) Tener especiales dificultades para obtener un empleo, que se acreditará a través del Informe del Servicio Público de Empleo.

*Artículo 4. Determinación de las rentas.*

A efectos de determinar el requisito de carencia de rentas, únicamente se tendrán en cuenta las rentas o ingresos de que disponga o pueda disponer la solicitante de la ayuda, sin que se computen a estos efectos las rentas o ingresos de otros miembros de la unidad familiar que convivan con la víctima.

Si la solicitante de la ayuda tuviera responsabilidades familiares, se entenderá que cumple el requisito de carencia de rentas cuando la renta mensual del conjunto de la unidad familiar, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional.

Se considerarán rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer la víctima de violencia de género

derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, incluyendo los incrementos de patrimonio, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones económicas de la Seguridad Social por hijo o menor acogido a cargo. También se considerarán los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50 por 100 del tipo del interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por la víctima y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas.

Las rentas que no procedan del trabajo y se perciban con periodicidad superior al mes se computarán a estos efectos prorrataéndose mensualmente.

#### *Artículo 5. El Informe del Servicio Público de Empleo.*

El informe del Servicio Público de Empleo competente deberá hacer constar que la mujer solicitante de esta ayuda, debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, no va a mejorar de forma sustancial su empleabilidad por su participación en los programas de empleo específicos establecidos para su inserción profesional.

A tal efecto, en la elaboración del itinerario personal de inserción laboral, se valorará cada uno de los factores mencionados en el apartado anterior y la incidencia conjunta de los mismos en la capacidad de inserción profesional de la víctima y sobre la mejora de su empleabilidad. En la apreciación de la edad, se tendrá en cuenta aquellas edades de las que el Servicio Público de Empleo, de acuerdo con su experiencia, pueda inferir la dificultad para la inserción laboral. Por lo que se refiere a las circunstancias relativas a la preparación general o especializada de la víctima, se estimará, fundamentalmente, aquellos supuestos de total falta de escolarización o, en su caso, de analfabetismo funcional. En la valoración de las circunstancias sociales se atenderán las relacionadas con la situación de violencia sufrida y su repercusión en la participación o aprovechamiento de los programas de inserción, con el grado de minusvalía reconocido, así como cualesquiera otras que, a juicio del Servicio Público de Empleo competente, puedan incidir en la empleabilidad de la víctima.

#### *Artículo 6. Cuantía de la ayuda.*

1. El importe de esta ayuda será, con carácter general, equivalente al de seis meses de subsidio por desempleo.

2. Cuando la víctima de violencia de género tuviera responsabilidades familiares, el importe de la ayuda será el equivalente a:

*a)* Doce meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a cargo un familiar o menor acogido.

*b)* Dieciocho meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a su cargo dos o más familiares o menores acogidos, o un familiar y un menor acogido.

3. Cuando la víctima de violencia de género tuviera reconocido oficialmente un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, el importe de la ayuda será equivalente a:

*a)* Doce meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima no tuviera responsabilidades familiares.

*b)* Dieciocho meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a su cargo un familiar o menor acogido.

c) Veinticuatro meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a su cargo dos o más familiares o menores acogidos, o un familiar y un menor acogido.

4. Cuando la víctima de violencia de género tuviera a su cargo a un familiar o un menor acogido, que tuviera reconocido oficialmente un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, el importe de la ayuda será equivalente a:

a) Dieciocho meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a su cargo un familiar o menor acogido.

b) Veinticuatro meses de subsidio por desempleo, cuando la víctima tuviera a su cargo dos o más familiares o menores acogidos, o un familiar y un menor acogido.

5. Cuando la víctima de violencia de género con responsabilidades familiares o el familiar o menor acogido con quien conviva tuviera reconocido oficialmente un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, el importe de la ayuda será equivalente a veinticuatro meses de subsidio por desempleo.

6. Cuando la víctima de violencia de género y el familiar o menor acogido con quien conviva tuvieran reconocido oficialmente un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, el importe de la ayuda será equivalente a veinticuatro meses de subsidio por desempleo.

#### *Artículo 7. Responsabilidades familiares.*

A los efectos de lo previsto en este Real Decreto, existirán responsabilidades familiares cuando la beneficiaria tenga a su cargo al menos, a un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con el que conviva. No se considerarán a cargo los familiares con rentas de cualquier naturaleza superiores al salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

Las responsabilidades familiares deberán concurrir en el momento de la solicitud, excepto en el supuesto de hijas e hijos que nazcan dentro de los trescientos días siguientes. En este supuesto procederá revisar la cuantía de la ayuda percibida para adecuarla a la cantidad que le hubiera correspondido si, a la fecha de la solicitud, hubieran concurrido esas responsabilidades.

Se entenderá que existe convivencia cuando ésta se encuentre interrumpida por motivos derivados de la situación de violencia de género.

No será necesaria la convivencia cuando exista obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial. Se presumirá la convivencia, salvo prueba en contrario, cuando los familiares tengan reconocida la condición de beneficiarios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en el documento que aparezca extendido a nombre de la víctima.

#### *Artículo 8. Tramitación y pago de la ayuda.*

1. Estas ayudas serán concedidas y abonadas en un pago único por las Administraciones competentes en materia de servicios sociales, de conformidad con sus normas de procedimiento.

2. En la regulación del procedimiento de concesión las Administraciones competentes en materia de servicios sociales velarán y garantizarán que todas las fases del procedimiento se realicen con la máxima celeridad y simplicidad de trámites.

Los procedimientos de concesión serán, en todos sus trámites, accesibles a las personas con discapacidad.

3. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales reembolsará el importe íntegro de estas ayudas a la Administración que hubiera efectuado el pago, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, de acuerdo con el procedimiento que a tal efecto se establezca mediante el sistema de cooperación aplicable a la relación entre dicho Ministerio y tal Administración.

**Artículo 9. *Causas de reintegro.***

Procederá la devolución íntegra de las cantidades percibidas, cuando se hubiera obtenido la ayuda sin reunir los requisitos exigidos para su concesión, o falseando u ocultando los hechos o datos que hubieran impedido su concesión.

**Disposición adicional. *Personas con discapacidad.***

A los efectos de este Real Decreto, tendrán la consideración de personas con discapacidad las comprendidas en el número 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

**Disposición final primera. *Facultad de desarrollo.***

Se faculta al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales para dictar cuantas disposiciones sean precisas para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en este Real Decreto.

**Disposición final segunda. *Entrada en vigor.***

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**ORDEN INT/4067/2005, DE 22 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS DE CONCESIÓN DE AYUDAS ASISTENCIALES A INTERNOS EN PRISIÓN, LIBERADOS CONDICIONALES Y FAMILIARES DE AMBOS Y DE AYUDAS PARA LA REALIZACIÓN DE SALIDAS PROGRAMADAS Y CONCESIÓN DE PREMIOS Y RECOMPENSAS PARA LOS INTERNOS EN PRISIÓN, EN EL ÁMBITO DE COMPETENCIAS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR**

(BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 2005)

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, dispone que las Instituciones Penitenciarias tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados (art. primero).

La misma Ley Orgánica establece que el Ministerio del Interior, a través de la Comisión de Asistencia Social, organismo dependiente de la Dirección General de

Instituciones Penitenciarias, cuya estructura y funciones se determinan en el Reglamento Orgánico de dicho Departamento, prestará a los internos, a los liberados condicionales o definitivos y a los familiares de unos y otros la asistencia social necesaria (art. 74).

Asimismo dispone en su artículo 17.4 que en el momento de la excarcelación del recluso si éste careciese de medios económicos, se le facilitarán los necesarios para llegar a su residencia y subvenir a sus primeros gastos.

Con la finalidad de propiciar la plena inserción de los internos, como uno de los mandatos fundamentales de la Ley, así como para que puedan acceder a los recursos sociales generales, y para que puedan volver a su entorno social de origen, es necesario dotarles de la documentación exigible, Documento Nacional de Identidad o Pasaporte (súbditos extranjeros) como asistencia social necesaria.

Al objeto de facilitar la inserción socio-laboral de los internos, para la realización de gestiones o la asistencia a recursos ambulatorios para el seguimiento de tratamiento, se prevén ayudas para el transporte de los internos que carezcan de recursos.

Y ayudas a las familias para los gastos funerarios de internos y liberados condicionales, fallecidos, sin recursos económicos propios o familiares y que no tengan cobertura de los servicios sociales generales.

El artículo 114 del Reglamento Penitenciario contempla las salidas programadas como actividades específicas de tratamiento, destinadas a aquellos internos que ofrezcan garantías de hacer un uso correcto y adecuado de las mismas.

Las salidas programadas como medida de preparación para la vida en libertad, puede equipararse a los permisos de salida previstos en el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

El artículo 461 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 263 del Reglamento Penitenciario disponen que serán estimulados mediante un sistema de recompensas los actos que pongan de manifiesto buena conducta, espíritu de trabajo, sentido de la responsabilidad en el comportamiento de los internos y en las actividades organizadas del establecimiento.

El Capítulo III del Reglamento Penitenciario recoge la necesidad de realizar actividades educativas, formativas, socioculturales y deportivas en los Centros Penitenciarios. En su artículo 131 dispone que se programarán las más adecuadas para conseguir el desarrollo integral de los internos, promoviendo la máxima participación entre los mismos. La participación en esas actividades podrá dar lugar a la concesión de premios en metálico (recompensas).

El artículo 52.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece el derecho de los internos a comunicar inmediatamente a su familia y abogado su detención, así como a comunicar su traslado a otro establecimiento en el momento de ingresar en el mismo.

El Reglamento Penitenciario en su artículo 47.4 contempla las comunicaciones telefónicas siempre que las circunstancias del Establecimiento lo permitan con una frecuencia máxima de cinco llamadas por semana, siendo el importe satisfecho por el interno. Debe entenderse como asistencia social necesaria la concesión de ayuda a los internos indigentes para poder realizar este tipo de llamadas.

Estas ayudas no serán de aplicación en la Comunidad Autónoma de Cataluña al haber recibido traspasos en materia penitenciaria en virtud de los Reales Decretos 3482/1983 y 131/1986, por lo que le corresponde las funciones de dirección, organización e inspección de las instituciones penitenciarias de toda índole radicadas en su territorio.

Teniendo en cuenta los preceptos citados, así como la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y lo establecido en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, previo informe de la Abogacía del Estado y de la Intervención Delegada en el Departamento, dispongo:

Apartado único.

Se aprueban las bases reguladoras de concesión tanto de subvenciones para ayudas asistenciales a internos en prisión, liberados condicionales y familiares de ambos, como de ayudas para la realización de salidas programadas y concesión de premios y recompensas para los internos en prisión, cuyo contenido se inserta a continuación de la presente Orden.

Disposición final única. *Entrada en vigor*

Esta Orden Ministerial entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**Bases reguladoras de concesión tanto de subvenciones para ayudas asistenciales a internos en prisión, liberados condicionales y familiares de ambos, como de ayudas para la realización de salidas programadas y concesión de premios y recompensas para los internos en prisión, en el ámbito de competencias del Ministerio del Interior**

Primera. *Definición del objeto de la subvención.*

Las ayudas públicas que se regulan en las presentes bases tienen por objeto la asistencia puntual, a internos, liberados y familiares de ambos, a fin de cubrir las carencias económicas y facilitarles los medios necesarios para su reinserción social.

Estas ayudas son las siguientes:

1. Asistenciales.
2. A la excarcelación.
3. Gastos de documentación.
4. De transporte.
5. Gastos funerarios.
6. Salidas programadas.
7. Recompensas.
8. Comunicaciones telefónicas en detención y traslados.
9. Comunicaciones telefónicas a indigentes.

Segunda. *Régimen jurídico.*

Estas subvenciones se encuadran dentro de las denominadas «legales», de concesión directa, a las que se refiere el apartado *b*) del número 2 del artículo 22 de la Ley General de Subvenciones de 17 de noviembre, en sus normas de desarrollo, en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario y a las propias Bases reguladoras que se establecen en la presente Orden Ministerial.

Tercera. *Ayudas objeto de la subvención.*

1. Ayuda asistencial.

Prestación: Ayuda asistencia puntual, a internos, liberados y familiares de ambos.

2. Ayudas a la excarcelación.

Prestaciones:

- a) Dinero de bolsillo para el viaje al lugar de residencia, cuando sea necesario.
- b) Dinero para pernoctar, cuando sea necesario.
- c) Billete de autobús de línea cuando no exista servicio de Renfe, o para enlazar con éste.
- d) Pago de taxi, por razones horarias o geográficas, hasta enlazar con transporte público.
- e) Billete de retorno por otros medios de transporte, incluyendo avión, por razones geográficas o según las circunstancias de cada caso.
- f) Abono de gastos de ambulancia cuando sea necesario por razones de salud.
- g) Excepcionalmente, los gastos de asistencia personal por acompañamiento.

3. Gastos de documentación.

Prestación: Abono de los gastos generados para la tramitación y gestión de dicha documentación.

4. Ayudas de transporte.

Prestación:

Pago del transporte a los internos que de modo continuado asistan a cursos de formación que propicien su inserción socio-laboral. Así como la asistencia a tratamiento socio-sanitario ambulatorio.

Pago del transporte a internos en tercer grado, para la realización de gestiones puntuales, encaminadas a su inserción socio-laboral.

5. Gastos funerarios.

Prestación: El abono de gastos funerarios de internos y liberados condicionales fallecidos.

6. Salidas programadas para actividades específicas de tratamiento.

Prestación: Abono de gastos generados por la realización de salidas programadas.

7. Recompensas.

Prestación: Abono de gastos generados por recompensas a internos recogidas en el artículo 263 del Reglamento Penitenciario.

8. Comunicaciones telefónicas en detención y traslados.

Prestación: Abono de comunicación telefónica a los internos para comunicar inmediatamente a su familia y abogado su detención, así como su traslado a otro Establecimiento en el momento de su ingreso, recogido en el artículo 52.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

9. Comunicaciones telefónicas a indigentes.

Prestación: Abono de comunicaciones telefónicas a los internos indigentes como asistencia social necesaria siempre que las circunstancias del Establecimiento lo permitan, tal como recoge el Reglamento Penitenciario en el artículo 47.4 para el resto de los internos.

**Cuarta. Requisitos para solicitar las ayudas.****1. Ayuda asistencial.****Requisitos:**

Carecer de medios económicos suficientes.

No existir cobertura por parte de los servicios sociales generales.

Ser una situación emergente.

Esta ayuda no tiene carácter periódico.

Informe social favorable.

**2. Ayudas a la excarcelación.****Requisitos:**

Carecer de medios económicos para sufragar los gastos necesarios para llegar a su lugar de residencia.

En el caso de extranjeros, si se aplica la expulsión, de acuerdo a legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, no es necesario facilitar el billete de retorno a su país.

Informe social favorable, en los casos de: Billete de avión *e*), traslado en ambulancia *f*) y asistencia personal por acompañamiento *g*).

**3. Gastos de documentación.****Requisitos:**

Carecer de medios económicos.

Carecer de la documentación exigible.

**4. Ayudas de transporte.**

Requisitos: Carecer de medios económicos.

**5. Gastos funerarios.**

Requisitos: Internos y liberados condicionales sin recursos económicos, propios ni familiares, debidamente acreditado.

**6. Salidas programadas para actividades específicas de tratamiento.****Requisitos:**

La actividad deberá estar recogida en el catálogo de actividades de cada Centro Penitenciario.

La participación de los internos en Programas de Tratamiento y Actividades.

**7. Recompensas.**

Requisitos: Los actos realizados que pongan de manifiesto buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de la responsabilidad en el comportamiento de los internos, así como la participación positiva en las actividades asociativas reglamentarias o de otro tipo que se organicen en el establecimiento.

**8. Comunicaciones telefónicas en detención y traslados.**

Requisitos: Haber sido detenido o trasladado a otro Centro Penitenciario.

## 9. Comunicaciones telefónicas a indigentes.

Requisitos:

Carecer de dinero en su peculio.

Informe social favorable.

Quinta. *Cuantía de las ayudas.*

1. Ayuda asistencial.

Cuantía:

La necesaria para solventar la necesidad, hasta un máximo de 350 euros.

Para situaciones excepcionales en que sea necesario superar el máximo establecido, será necesaria autorización previa de la Subdirección General de Servicios Penitenciarios.

El número de beneficiarios se corresponde con el número de internos del Centro Penitenciario.

2. Ayudas a la excarcelación.

Cuantías:

a) Hasta un máximo de 35 euros/día, de dinero de bolsillo, según se estimen los días necesarios para llegar al destino.

b) Hasta un máximo de 35 euros/día, para pernoctar, según se estimen los días necesarios para llegar al destino.

c) El coste del billete de autobús de línea.

d) El coste estimado del coste del taxi.

e) El coste del billete de retorno del medio de transporte utilizado, incluyendo el avión.

f) El coste del traslado en ambulancia.

g) El coste estimado autorizado para los casos excepcionales de asistencia personal por acompañamiento.

3. Gastos de documentación.

Cuantía: Los gastos generados por la tramitación y gestión de la documentación.

4. Ayudas de transporte.

Cuantía: El coste del transporte público, en cada caso.

5. Gastos funerarios.

Cuantía: El coste de los gastos funerarios correspondientes hasta un máximo de 1.800 euros.

6. Salidas programadas para actividades específicas de tratamiento.

Cuantía:

La necesaria para la gestión de la actividad, hasta un máximo de 60 euros por interno/día.

Para situaciones excepcionales en que sea necesario superar el máximo, será necesario autorización previa de la Subdirección General de Servicios Penitenciarios.

**Cobertura:**

Transporte público.

Alojamiento.

Entradas a museos, espectáculos, etcétera.

**7. Recompensas.****Cuantía:**

Hasta un máximo de 299 euros por interno.

Para situaciones excepcionales en que sea necesario superar el máximo, será necesario autorización previa de la Subdirección General de Servicios Penitenciarios.

**Cobertura:**

Becas de estudio.

Premios en metálico (hasta un máximo de 299 euros).

Cualquier otra recompensa de carácter análogo a las anteriores que no resulte incompatible con los preceptos reglamentarios.

Material didáctico-cultural: Cuadernos, carpetas, rotuladores, diccionarios, libros, CD y otros.

Material deportivo-recreativo: Zapatillas deportivas, camisetas, sudaderas, pantalón deportivo, bolsa deportiva y otros.

**8. Comunicaciones telefónicas en detención y traslados.**

Cuantía: La necesaria para realizar la llamada.

**9. Comunicaciones telefónicas a indigentes.**

Cuantía: La necesaria para atender las necesidades de los internos.

**Sexta. *Solicitud de las ayudas.*****1. Ayuda asistencial.**

Solicitud: La pueden solicitar internos, liberados y familiares de ambos.

Documentación necesaria: Impreso modelo 1 y modelo 1, bis.

**2. Ayudas a la excarcelación.**

Solicitud: La pueden solicitar los internos.

Documentación necesaria: Impreso modelo 2 o modelo 2 bis.

**3. Gastos de documentación.**

Solicitud: La pueden solicitar los internos.

Documentación necesaria: Impreso modelo 3.

**4. Ayudas de transporte.**

Solicitud: La pueden solicitar los internos.

Documentación necesaria: Impreso modelo 4.

**5. Gastos funerarios.**

Solicitud: La pueden solicitar los familiares del interno o liberado condicional fallecido.

Documentación necesaria: Impreso modelo 5.

6. Salidas programadas para actividades específicas de tratamiento.

Solicitud: Mediante propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro.

Documentación necesaria: Fichas modelo 6 y 7.

7. Recompensas.

Solicitud: Mediante propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro.

8. Comunicaciones telefónicas en detención y traslado.

Solicitud: La puede solicitar el interno.

Documentación necesaria: Impreso modelo 1 bis.

9. Comunicaciones telefónicas a indigentes.

Solicitud: La puede solicitar el interno.

Documentación necesaria: Impreso modelo 1.

Séptima. *Instrucción del procedimiento.*

1. Ayuda asistencial.

Órgano instructor: Servicio Social Penitenciario, modelo 1, o Funcionario a cargo del Departamento donde se halle el interno, modelo 1 bis.

Trámites: Una vez se compruebe por el Servicio Social el cumplimiento de los requisitos necesarios para la concesión de la ayuda, elevará la propuesta al Director del Centro Penitenciario.

2. Ayudas a la excarcelación.

Órgano instructor: Servicio Social Penitenciario, modelo 2 bis, o Funcionario a cargo del Departamento donde se halle el interno, modelo 2.

Trámites: Una vez se compruebe que se cumplen los requisitos para la concesión de la ayuda, se elevará la propuesta al Director del Centro Penitenciario.

3. Gastos de documentación.

Órgano instructor: Servicio Social Penitenciario.

Trámites: Una vez se compruebe que se cumplen los requisitos para la concesión de la ayuda, se elevará la propuesta al Director del Centro Penitenciario, mediante el modelo 3.

4. Ayudas de transporte.

Órgano instructor: Servicio Social Penitenciario.

Trámites: Una vez se compruebe que se cumplen los requisitos para la concesión de la ayuda, se elevará la propuesta al Director del Centro Penitenciario, mediante el modelo 4.

5. Gastos funerarios.

Órgano instructor: Servicio Social Penitenciario.

Trámites: Una vez se compruebe que se cumplen los requisitos para la concesión de la ayuda, se elevará la propuesta al Director del Centro Penitenciario, mediante el modelo 5.

6. Salidas programadas para actividades específicas de tratamiento.

Órgano instructor: Junta de Tratamiento.

Trámites: La Junta de Tratamiento de cada Centro Penitenciario realizará la programación y la propuesta de salida. La aprobación se realizará por el Centro Directivo, autorizando el Director del Centro Penitenciario la concesión de la ayuda. Modelos 6 y 7.

7. Recompensas.

Órgano instructor: Junta de Tratamiento.

Trámites: Propuesta con informe favorable de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario.

Aprobación por la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario.

Resolución de autorización de concesión de la recompensa por el Director del Centro Penitenciario.

8. Comunicaciones telefónicas en detención y traslado.

Órgano instructor: Funcionario del Departamento de Ingresos.

Trámites: Se elevará la propuesta al Director del Centro Penitenciario, mediante el modelo 1 bis.

9. Comunicaciones telefónicas a indigentes.

Órgano instructor: Servicio Social Penitenciario.

Trámites: Una vez se compruebe por el Servicio Social el cumplimiento de los requisitos necesarios para la concesión de la ayuda, elevará la propuesta al Director del Centro Penitenciario, mediante el modelo 1.

Octava. *Resolución y notificación del procedimiento.*

1. Ayuda asistencial.

Resolución del Director del Centro Penitenciario y notificación al interno: Contra dicha resolución cabe recurso potestativo de reposición ante el Ministro titular del Departamento o contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de un mes o dos meses, respectivamente, contados a partir del día siguiente al de la notificación.

2. Ayudas a la excarcelación.

Resolución del Director del Centro Penitenciario y notificación al interno: Contra dicha resolución cabe recurso potestativo de reposición ante el Ministro titular del Departamento o contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de un mes o dos meses, respectivamente, contados a partir del día siguiente al de la notificación.

3. Gastos de documentación.

Resolución del Director del Centro Penitenciario y notificación al interno: Contra dicha resolución cabe recurso potestativo de reposición ante el Ministro titular del Departamento o contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de un mes o dos meses, respectivamente, contados a partir del día siguiente al de la notificación.

**4. Ayudas de transporte.**

Resolución del Director del Centro Penitenciario y notificación al interno: Contra dicha resolución cabe recurso potestativo de reposición ante el Ministro titular del Departamento o contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de un mes o dos meses, respectivamente, contados a partir del día siguiente al de la notificación.

**5. Gastos funerarios.**

Resolución del Director del Centro Penitenciario y notificación al interno: Contra dicha resolución cabe recurso potestativo de reposición ante el Ministro titular del Departamento o contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de un mes o dos meses, respectivamente, contados a partir del día siguiente al de la notificación.

**6. Salidas programadas para actividades específicas de tratamiento.**

Resolución de aprobación de la salida programada por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Autoriza el gasto el Director del Centro Penitenciario y notifica a la Junta de Tratamiento.

**7. Recompensas.**

Resolución del Director del Centro Penitenciario y notificación a la Junta de Tratamiento.

**8. Comunicaciones telefónicas en detención y traslado.**

Resolución del Director del Centro Penitenciario y notificación al interno: Contra dicha resolución cabe recurso potestativo de reposición ante el Ministro titular del Departamento o contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de un mes o dos meses, respectivamente, contados a partir del día siguiente al de la notificación.

**9. Comunicaciones telefónicas a indigentes.**

Resolución del Director del Centro Penitenciario y notificación al interno: Contra dicha resolución cabe recurso potestativo de reposición ante el Ministro titular del Departamento o contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de un mes o dos meses, respectivamente, contados a partir del día siguiente al de la notificación.

**Novena. *Pago y justificación de las ayudas.*****1. Ayuda asistencial.**

Justificación:

Informe social favorable.

Propuesta y autorización de ayuda asistencial (modelo 1).

El gasto derivado de estas ayudas será imputado al concepto presupuestario 16.05.133A.482, hasta el máximo del importe del crédito presupuestario disponible.

**2. Ayudas a la excarcelación.**

Justificación:

Informe social favorable.

Propuesta y autorización de ayuda asistencial (modelo 2 y 2 bis).

El gasto derivado de estas ayudas será imputado al concepto presupuestario 16.05.133A.482, hasta el máximo del importe del crédito presupuestario disponible.

3. Gastos de documentación.

Justificación:

Informe social favorable.

Propuesta y autorización para gastos de documentación (modelo 3).

El gasto derivado de estas ayudas será imputado al concepto presupuestario 16.05.133A.482, hasta el máximo del importe del crédito presupuestario disponible.

4. Ayudas de transporte.

Justificación:

Informe social favorable.

Propuesta y autorización para gastos de documentación (modelo 4).

Facturas o recibos justificativos.

El gasto derivado de estas ayudas será imputado al concepto presupuestario 16.05.133A.482, hasta el máximo del importe del crédito presupuestario disponible.

5. Gastos funerarios.

Justificación:

Informe social favorable.

Propuesta y autorización para gastos de documentación (modelo 5).

Facturas justificativas.

El gasto derivado de estas ayudas será imputado al concepto presupuestario 16.05.133A.482, hasta el máximo del importe del crédito presupuestario disponible.

6. Salidas programadas para actividades específicas de tratamiento.

Justificación:

Memoria de la salida.

Propuesta y autorización del gasto.

Factura o recibos justificativos.

El gasto derivado de estas ayudas será imputado al concepto presupuestario 16.05.133A.482, hasta el máximo del importe del crédito presupuestario disponible.

7. Recompensas.

Justificación:

Propuesta y autorización del gasto.

Factura o recibos justificativos.

El gasto derivado de estas ayudas será imputado al concepto presupuestario 16.05.133A.482, hasta el máximo del importe del crédito presupuestario disponible.

8. Comunicaciones telefónicas en detención y traslado.

Justificación: Propuesta y autorización del gasto (modelo 1 bis).

El gasto derivado de estas ayudas será imputado al concepto presupuestario 16.05.133A.482, hasta el máximo del importe del crédito presupuestario disponible.

9. Comunicaciones telefónicas a indigentes.

Justificación:

Informe social favorable.

Propuesta y autorización de ayuda asistencial (modelo 1).

El gasto derivado de estas ayudas será imputado al concepto presupuestario 16.05.133A 482, hasta el máximo del importe del crédito presupuestario disponible.

Décima. *Cumplimiento de los requisitos.*

El cumplimiento de los requisitos faculta a la Administración para conceder la ayuda siempre que la disponibilidad presupuestaria lo permita.

Undécima. *Obligaciones del beneficiario.*

a) Realizar la actividad que fundamenta la concesión de la subvención en el plazo, forma, términos y condiciones que se establezcan en la Resolución.

b) Someterse a las actuaciones de comprobación, seguimiento e inspección de la aplicación de la subvención, así como al control financiero que corresponde a la Intervención General de la Administración del Estado y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas.

c) Comunicar a la autoridad concedente, de forma inmediata, la obtención de subvenciones o ayudas para la misma finalidad procedentes de cualquier Administración Pública o ente público o privado, nacional o internacional, con expresión de sus cuantías.

d) Firmar el Recibí de la ayuda concedida.

Duodécima. *Control y seguimiento.*

La ejecución de las actividades comprendidas en el programa subvencionado se someterá al control, comprobación, seguimiento, inspección y evaluación que determine la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sin perjuicio de las competencias de la Intervención General de la Administración del Estado.

Decimotercera. *Responsabilidad y régimen sancionador.*

Los beneficiarios de la subvención quedarán sometidos a las responsabilidades y régimen sancionador que sobre infracciones administrativas en materia de subvenciones se establece en el Título IV de la Ley 38/2003, General de Subvenciones y el capítulo II del Título IX de la Ley 30/1992 modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Decimocuarta. *Reintegros.*

En el caso de que se diera un supuesto en el que hubiera de iniciarse un procedimiento de reintegro de alguna de las ayudas previstas en estas Bases, se estará a lo dispuesto en el Título II de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Estas ayudas, que se detallan a continuación, encuentran su cobertura legal de la siguiente forma:

a) En el artículo 74 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), las ayudas siguientes, que pueden encuadrarse en el concepto genérico de «asistencia social necesaria».

Ayuda asistencial.

Ayuda de transporte.

Gastos funerarios.

Gastos de documentación.

Comunicaciones telefónicas de indigentes.

b) En el artículo 17.4 de la LOGP, las ayudas a la excarcelación.

c) En el artículo 46 de la LOGP, las recompensas y premios en metálico.

d) En el artículo 52.3 de la LOGP, las comunicaciones telefónicas con familia y abogado.

e) En el artículo 47.2 de la LOGP, las salidas programadas equiparadas a los permisos de salida.



# 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

### La ponderación de intereses en el estado de necesidad y el delito de tráfico de drogas

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2005)

MATEO G. BERMEJO  
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

#### 1. INTRODUCCIÓN

El debate en torno al estado de necesidad evidencia las tensiones existentes entre posturas de corte utilitarista, por un lado, y aquellas de corte más bien individualista, por otro, en el debate jurídico penal. En efecto, se trata de la cuestión de si resulta legítimo que un individuo dañe los bienes jurídicos de otro o de la comunidad, con la exclusiva finalidad de preservar los propios o los de un tercero y, en su caso, sujeto a qué limitaciones valorativas (1).

---

(1) La incertidumbre acerca de la valoración que merecen los casos de estado de necesidad puede observarse en el hecho de que durante años se enfrentaron tesis que sostían que todos los casos debían tratarse o bien como justificantes o bien como excusantes (*Teorías Unitarias*) con aquellas que entendían que algunos casos debían resolverse como justificación y otros como excusación (*Teorías de la Diferenciación*). Conf. JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 493.

Esta confrontación entre el postulado normativo que afirma que se deben mantener de algún modo ciertos criterios de maximización de los intereses de los miembros de la sociedad considerados de modo agregativo (2) (criterio de eficiencia) y el postulado normativo que afirma que debe protegerse la vigencia de los derechos individuales y los bienes colectivos contra toda agresión externa (criterio de justicia) sólo puede resolverse acudiendo a delicados equilibrios valorativos.

En la dogmática jurídico penal, estos valores han tomado la forma de dos teorías que si bien en un principio se encontraron enfrentadas, fueron luego interpretadas como complementarias: la «teoría de la ponderación de bienes» y la «teoría del fin» (3). La teoría de la ponderación de bienes invocaba el principio: «*no actúa antijurídicamente quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico de inferior valor; si sólo de ese modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor*» (4). La teoría del fin, por su parte, entendía que «*no son antijurídicas las intromisiones en intereses jurídicamente protegidos que supongan un medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el Estado*» (5).

La legislación alemana promovió la combinación de estas dos teorías en el proyecto de CP de 1962, del cual proviene el actual parágrafo 34 que regula el estado de necesidad justificante. En primer lugar, se sustituyó la exigencia de la «ponderación de bienes» por el concepto algo más amplio de «ponderación de intereses» en la que el valor de los bienes jurídicos en juego es sólo una parte de la valoración que se complementa con la «teoría del fin» (6).

Con el concepto «ponderación de bienes» se hace referencia a un modelo de ponderación por el cual se compara el bien jurídico del necesitado con el del afectado, justificándose la acción si el que se salva es de mayor valor, considerados en abstracto. Por el contrario, el modelo de «ponderación de intereses» incluye en la ponderación la tasa de daño esperada sobre el objeto protegido por el bien jurídico y la probabilidad de que ello ocurra. Mientras que la ponderación de

---

(2) Sobre el carácter agregativo de las tesis utilitaristas en relación con el Principio de Proporcionalidad, ver Von Hirsch, A., «*Proportionality in the Philosophy of Punishment*», en *Crime und Just.*, 55, 1992, pp. 56 en adelante.

(3) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, Civitas, Madrid, 1997, p. 672.

(4) Conf. ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 672.

(5) Conf. ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 672.

(6) Conf. ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 674. De todos modos, la doctrina no se pone de acuerdo acerca de qué aspectos de la valoración se realizan en el análisis de los intereses y cuáles en la ponderación de fines. Ver JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 495, y nota al pie núm. 14 en la misma página.

bienes es un modelo rígido pero simple para resolver casos, el modelo de la ponderación de intereses es más versátil pero, al mismo tiempo, como se verá, más complejo.

El análisis de la ponderación de intereses que interesa para el análisis del caso resuelto por el Tribunal Supremo, es el del *estado de necesidad agresivo*: el agente «A» sacrifica un interés de menor entidad del individuo «B» para salvar otro interés de mayor entidad, del que es titular o bien el mismo A o un tercero C, que se encuentra expuesto a un peligro que no ha sido provocado ni por A ni por C. El caso es: A para salvar a B de una muerte segura en un incendio rompe el cristal del automóvil de C, toma el extintor de incendios y lo utiliza para salvar a B.

Junto a esta especie de estado de necesidad encontramos otras dos (7), de las que no me ocuparé ya que no tienen vinculación con el caso resuelto. Por un lado, el *estado de necesidad defensivo*: el agente «A» defiende un interés de mayor entidad –propio o de un tercero «C»– sacrificando un interés del individuo «B», con la particularidad de que es el mismo «B» el que ha creado la situación de peligro para el interés mayor (8). El caso es: A causa un incendio que pone en peligro la vida de B. C toma el automóvil de A, causante del incendio, contra su voluntad, para llevar a B al hospital. Por otro lado, los casos de *disminución del riesgo existente sobre un mismo individuo*: el agente «A» pretende salvar a «B» de un peligro muy grave sobre un interés muy valioso y para ello debe ocasionarle un daño sobre un bien menor. Caso: el bombero A para salvar a un niño de una muerte segura entre las llamas lo arroja por la ventana desde un tercer piso.

En el estado de necesidad agresivo, que nos interesa en este caso, pueden identificarse tres actores: el sujeto agente, que es quien actúa en estado de necesidad; el necesitado que es aquél al que amenaza el mal y cuyo bien jurídico intenta preservarse y, por último, el afectado que es el titular del bien jurídico que debe sacrificarse. Estas definiciones permiten presentar dos casos de estado de necesidad agresivo: el estado de necesidad propio, en el que sujeto agente y necesitado coinciden: es el caso en que alguien actúa en estado de necesidad para salvar un bien propio; el auxilio necesario, es el caso en que el sujeto

---

(7) Malamud Goti es quien muestra claramente estas tres especies. En MALAMUD GOTI, J., *Legítima Defensa y Estado de Necesidad*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977, p. 53.

(8) Creo conveniente adelantar que en esta especie del Estado de Necesidad el hecho de que quien sufre el mal mayor haya dado origen de modo imputable jurídica-mente al mal menor parece atenuar el problema que se plantea en el Estado de Necesidad Agresivo de que se perjudica a un tercero que no ha hecho nada para merecerlo.

agente y necesitado son distintas personas: el sujeto agente intenta salvar el bien de otro (9).

En el marco de este problema me ocuparé de la cuestión de la ponderación de males, entendiéndolos como costes esperados para la sociedad. El concepto de *proporcionalidad* aparecerá como un elemento co-definitorio de la necesidad de la intervención en los bienes de otro (ya sean bienes individuales o colectivos). Esta cuestión será analizada junto con otras que permiten llevar a cabo la valoración de los bienes, intereses y peligros en juego.

Luego aplicaré el modelo de análisis al caso resuelto por el Tribunal Supremo para criticar que al realizar la ponderación, por un lado, compara fenómenos muy distintos de forma inconsistente desde un punto de vista analítico y, por otro, que no resulta claro si se inclina por la ponderación de bienes o de intereses, lo que tiene importantes repercusiones en relación con el carácter *ex ante* o *ex post* del punto de partida y con el modo de incorporar la cantidad y probabilidad de daño en la cuantificación de los costes esperados.

El Código Penal Español no ofrece una definición del estado de necesidad (10), la que ha sido aportada por la doctrina, pero en el artículo 20.5 exige ciertos requisitos para su aplicación, entre los que se encuentra «*Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar*». El presente trabajo pretende contribuir a un tratamiento más claro por parte de la jurisprudencia de este requisito.

## 2. EL CASO RESUELTO POR EL TRIBUNAL SUPREMO

El relato fáctico de la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de marzo de 2005 (núm. 340/2005) declara que los hechos se iniciaron en razón de la investigación de un secuestro de cuatro personas, acción que fue realizada con la finalidad de cobrar una deuda cuyo origen no se determina en el hecho probado. En el curso de las investigaciones de este delito se realizan seguimientos de distintos individuos posiblemente vinculados de un modo u otro a aquél y que dan lugar a la intervención de 50 (cincuenta) kilogramos de cocaína.

---

(9) CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 274-275.

(10) Conf. MIR PUIG, S., *Derecho Penal-Parte General*, 6.<sup>a</sup> edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 2002, p. 439. También según MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal-Parte General*, 5.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 335.

Es en esta instancia donde aparece el fragmento del hecho que me interesa comentar. Jorge y Pedro Antonio, quienes eran seguidos por el Cuerpo Nacional de Policía en relación con el delito de secuestro, son interceptados por miembros de este Cuerpo cuando se hallaban en compañía de *Juan Francisco*, con quien habían acordado encontrarse para que este último les hiciera entrega de una partida de cocaína con un peso de unos 50 kilogramos, con una riqueza media de 80,4 por ciento, que aquellos entregarían a Jesús y Juan Pedro para su comercialización. Juan Francisco había transportado la cocaína desde Cartagena de Indias (Colombia) hasta Gran Canaria en la embarcación «*Ninus II*», la cual se encontraba atracada en el Puerto Deportivo de Las Palmas de Gran Canaria. En el momento de la detención, los tres se dirigían hacia dicha embarcación para hacer entrega de la droga a Jesús y Juan Pedro. La cocaína es encontrada y aprehendida por la Policía en el «*Ninus II*», habiendo facilitado Juan Francisco la labor policial al señalar los lugares en que se encontraba la droga.

El caso adquiere particularidades interesantes para la discusión en relación con el acusado Juan Francisco. Conforme el Tribunal Supremo, se halla probado en la causa que: «*Juan Francisco, que con anterioridad –unos dos años antes– había sido intervenido de un tumor cerebral, y que tiene una marcada tendencia a la infantilidad y la inocencia, con escasa capacidad de empatía, se encontraba antes de emprender el viaje hacia Gran Canaria en la zona de El Caribe explotando como producto de ocio la embarcación a que nos hemos referido (propiedad de su padre Gabriel, que desconocía el transporte que se realizaba), y fue visitado por persona/s no identificadas en Cartagena de Indias (Colombia) para que llevara a cabo el transporte de la droga, insinuándole que sabían cuál era el domicilio de sus padres y de su hijo, así como otros detalles de la vida privada de éstos en Barcelona, comprobando por conversación telefónica mantenida con su padre, que él también había sido visitado por algunas personas de origen sudamericano que, por la forma de hablar, le pareció pertenecían a algún grupo armado o terrorista; manifestando Juan Francisco a su padre que iba a hacer aquello a lo que le habían obligado, al ser incapaz de aceptar que causaran algún daño a su familia, como así lo hizo transportando la droga».*

La Audiencia Provincial de Las Palmas, con fecha 23 de mayo de 2003, había dictado sentencia en la que condenaba a Juan Francisco como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que causan graves daños a la salud, en cantidad de notoria importancia, concurriendo la eximente incompleta de miedo insuperable, a la pena de seis años de prisión y multa

de 1.757.750 euros, así como al pago de una octava parte de las costas procesales.

El Tribunal Supremo al tratar el recurso de Juan Francisco rechaza el argumento del estado de necesidad y acepta el del miedo insuperable de forma completa, absolviendo a Juan Francisco del delito contra la salud pública. No me centraré aquí en la aplicación de la eximente de miedo insuperable, sino que me interesa reproducir aquí los argumentos del Tribunal en relación con el estado de necesidad para discutir la falta de aplicación al caso (11).

El Tribunal Supremo argumenta en relación con el estado de necesidad que «*(...) el estado de necesidad exige como mínimo presupuesto de su apreciación la presencia de un conflicto de bienes o colisión de deberes que la doctrina define como una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber. Por tanto, los requisitos esenciales o fundamentadores de la eximente, que deben en todo caso concurrir para apreciarla como incompleta, son:*

*1.º) La amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo (...).*

*2.º) La imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infiligrar un mal al bien jurídico ajeno (...).*

Asimismo, en relación con la ponderación de bienes o intereses que me interesa en este comentario, descarta la aplicación del estado de necesidad agregando que: «*En relación al delito de tráfico de drogas, el criterio jurisprudencial es muy restrictivo en la aceptación de la justificación completa, o incompleta, en virtud del estado de necesidad. No se ha admitido justificación del estado de necesidad basado en las estrecheces o penuria económica, por entender que el mal causado por tal clase de delito es muy superior al derivado de la precariedad económica del traficante, siendo preciso en tales supuestos que se extreme la exigencia de la acreditación del estado de necesidad actual o inminente del traficante, y que también se justifique la imposibilidad de resolver la situación de necesidad por otro medios (...).*

---

(11) Para un análisis crítico de la jurisprudencia en la aplicación de la eximente de miedo insuperable, ver el trabajo de MARTÍN LORENZO, María, «Sobre la perpetuación de una interpretación jurisprudencial insostenible del miedo insuperable», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, UNED, en prensa.

A continuación realizaré un desarrollo del modelo de ponderación de intereses para, luego, someter a crítica la sentencia del Tribunal Supremo en relación con la falta de aplicación del estado de necesidad en el caso resuelto.

### 3. SOBRE LA VALORACIÓN DE LOS BIENES O INTERESES

#### 3.1 Los criterios de valoración

Existe consenso en que cualquier bien jurídico puede ser protegido por estado de necesidad (no necesita estar jurídico-penalmente protegido) (12). Superada la doctrina de la «ponderación de bienes en abstracto», ha ganado lugar «la ponderación de intereses» como un concepto que incluye en la decisión elementos valorativos que consideran las circunstancias del caso concreto (13). Estas circunstancias servirán como correctivos del valor abstracto de los bienes que se constituye en el punto de partida del análisis (14).

#### 3.2 El punto de partida: la valoración abstracta de los bienes jurídicos

El punto de partida para la determinación de los intereses en juego consiste en determinar la importancia de los bienes en cuestión (15). Un punto de partida posible es considerar el valor de los bienes jurídicos partiendo de una comparación de las penas previstas en el Código Penal para cada uno de los delitos (16). Este punto de vista es inevita-

---

(12) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 675. JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, pp. 498-499. Una cuestión compleja es la de dilucidar si también pueden ser protegidos legítimamente por este medio los BJ de la comunidad; en relación con este tema ver ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, pp. 675-676.

(13) Conf. SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El Principio Constitucional de Proporcionalidad en el Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 4, año 1994, p. 1120.

(14) ROXIN habla de un procedimiento «tópico» que discute en todos los aspectos la totalidad de los puntos de vista, debiéndose recurrir a estas directrices para la ponderación de cada caso. Conf. ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 683.

(15) JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 504.

(16) Así lo hace el TS, en un caso en el que también se debate la aplicación del estado de necesidad, en la sentencia del 8 de junio de 1994 (1186/1994) en la que dice: «(...) mal en todo caso de extrema gravedad puesto que afecta a la vida, bien constitucionalmente protegido como de máxima prioridad valorativa (...), que cote-

ble en una fundamentación democrática del Derecho Penal: en una democracia representativa, las valoraciones que realiza el legislador deben ser consideradas como las valoraciones que realiza de esos bienes la ciudadanía.

Sin embargo, esta posición presenta algunos problemas. En primer lugar, los marcos penales de la parte especial no sólo se rigen por la importancia de los bienes, sino también por su necesidad de protección y otros aspectos político-criminales, como la necesidad de disuasión. En el mismo sentido, muchos bienes jurídicos no poseen protección jurídico penal y no por ello carecen de valor, sino que razones de carácter político criminal, como el principio de subsidiariedad, pueden haber sido determinantes para la ausencia de un tipo penal específico. En segundo lugar, en muchos casos, como en los de criminalidad media, los montos de las penas se solapan, no permitiendo hacer una distinción clara entre ellos (17). En tercer lugar, considerando que no se exige un monopolio del Derecho Penal para la valoración de los bienes jurídicos, podría recurrirse a la valoración realizada en otros ámbitos del Derecho, tal como analizar el valor asignado en las reparaciones civiles a cada bien jurídico. En todo caso, es un trabajo complejo.

Se afirma que la ponderación jurídico penal puede complementarse con las reglas generales sobre la proporción valorativa de los bienes jurídicos. Roxin propone, a propósito de esta cuestión, lo siguiente: *a)* los preceptos sobre el orden general ceden ante la protección frente a daños concretos; *b)* los valores de la personalidad tienen preferencia frente a los bienes patrimoniales, y *c)* la protección de la vida y la integridad fundamenta un interés superior incluso frente a la preservación de otros valores de la personalidad o de bienes jurídicos supraindividuales (18).

Sin embargo, las reglas mencionadas no parecen ser definitivas, ya que dice Roxin a continuación: «*(...) aunque la libertad humana es en sí misma un bien jurídico más valioso que la propiedad, sin embargo, para evitar un daño patrimonial muy elevado puede estar justificada una breve*

---

*jada con el mal que pudo causarle con el tráfico de drogas clandestinamente importadas, no parece que éste sea de superior rango, puesto que el cotejo se realiza entre un delito de lesión de la vida, de superior protección en la escala valorativa, con el daño potencial (riesgo corrido) que sólo excepcionalmente afecta a la vida misma. En todo caso si atendemos a las penas respectivas de ambos males, el precio de la pena, según frase consagrada de un autor alemán, vemos que la pena de los respectivos tipos básicos se decanta en favor del primero que atenta directamente a la vida».*

(17) Todo conf. ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, pp. 683-684, y JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, pp. 504-505.

(18) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 684.

*privación de libertad de pocos minutos y sin consecuencias (...)*» (19). Esto significa que se debe ponderar no sólo el bien jurídico en abstracto sino también cuál es la cuota de daño que se espera sobre el objeto protegido por el bien en cuestión. Así, si bien el valor de la integridad física en abstracto puede ser de 100 unidades de valor, se debe analizar el daño concreto que espera que pueda resultar de los peligros ponderables y la tasa de probabilidad de que tal daño concreto tenga lugar.

Por ello, creo que Jakobs está en lo correcto cuando dice que el topos de que la vida es siempre un valor supremo no es acertado, ya que eso imposibilitaría toda ponderación de riesgos, e incluso el riesgo permitido (20): cuando el legislador acepta una velocidad permitida en las autovías de 100 Km/h, por ejemplo, asume una cuota de riesgo para la vida de los conductores y transeúntes mayor que si ésta fuera de 60 Km/h; pero, a la vez, pondera las consecuencias positivas de la norma, tal como la mayor fluidez del tráfico, con el beneficio que ello supone para los proyectos de vida de los ciudadanos.

Es relevante cuantificar el coste social teniendo en cuenta: *a)* el valor abstracto del bien jurídico, *b)* el daño esperado al objeto protegido por el bien jurídico y *c)* la tasa de probabilidad de que se cause una lesión al objeto protegido por el bien jurídico (21). De este modo, creo que el análisis puede entenderse como un «análisis de eficiencia» que tiene en cuenta el coste y el beneficio esperados de una acción. Para eso es necesario analizar el concepto de peligro y ver cómo se establecen criterios para una combinación óptima con el valor de los bienes jurídicos en juego.

### 3.3 Sobre el concepto «peligro» en el estado de necesidad

Afrontar la vaguedad del concepto «peligro» para un objeto protegido por un bien jurídico es un problema complejo (22). En todo caso,

---

(19) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 685.

(20) Conf. JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 505. Es cierto que, tal como dicen Posner y Sunstein, mucha gente cree que en razón de que la vida humana es preciosa no se le puede asignar un valor monetario. Sin embargo, su respuesta es que no hay otra alternativa para cumplir con los propósitos de la ley y la política pública. Las alternativas que se presentan son peores: o no asignarle ningún valor o asignarle un valor arbitrario. Conf. POSNER, E., y SUNSTEIN, C., «Dollars and Death», en *The University of Chicago Law Review*, 72:537, p. 553.

(21) En este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El Principio Constitucional de Proporcionalidad en el Derecho Penal*, p. 1121.

(22) Más aún, la cuestión de si las distintas instancias de la teoría del delito deben operar con un concepto único o diferenciado de éste o si éste es un concepto relevante en el ámbito del injusto o, en cambio, en el de las condiciones objetivas de

el concepto parece hacer referencia al hecho de que *no resulte imposible la producción de un resultado lesivo como consecuencia de una conducta determinada*. La doctrina se refiere en general a que la producción del resultado, al menos, no sea improbable (23). El siguiente cuadro permite mostrar, esquemáticamente, el grado de posibilidad requerido:

Posibilidad	Porcentaje de posibilidad de lesión
Certeza	100 por 100
Muy Probable	¿?
Probable	¿?
Improbable	¿?
Imposible	0 por 100

Así, dice Roxin, «(...) *no es preciso que el peligro sea grande. Aunque el peligro de que un accidentado muera o sufra daños en su salud si no se le transporta de inmediato al hospital, sea de un 10 por 100, de todos modos tiene sentido justificar por el § 34 la utilización de un vehículo ajeno (...)*» (24).

De todos modos, y aun cuando varíen estos porcentajes de probabilidad, lo que sí resulta claro es que el peligro sólo debe ser relevante para un estado de necesidad si sobrepasa el riesgo vital general (25). Así, por ejemplo, un conductor que ve que por su lado lo sobrepasa un automóvil que, sin embargo, va a una velocidad permitida, no puede bloquearle el paso con el pretexto de que a esa velocidad aumenta el peligro de lesiones a los intereses de otros en relación con su propia conducta.

En relación con el modo de determinar este peligro, existe consenso en acudir a la perspectiva *ex ante*. Como argumentaré, si se

---

punibilidad. El problema de la aceptación de un grado único de peligro o de varios en la teoría del delito lo menciona ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 676.

(23) Así, Jakobs dice que: «*Peligro es un estado en el que se puede pronosticar que la lesión del bien no es improbable de acuerdo con el curso causal que es de esperar*». JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 500. Por su parte, dice Roxin: «*En consecuencia, rige lo siguiente: un peligro en el sentido del § 34 se da ya cuando no sea totalmente improbable la producción de la lesión de un bien jurídico*». ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 677.

(24) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 677.

(25) Conf. JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 500.

entiende que es función legítima del Derecho la dirección de conductas y que el injusto jurídico penal se encuentra edificado sobre la norma de determinación, entonces el análisis que corresponde realizar es *ex ante* (26). Lo relevante para el Derecho Penal es dirigir acciones de los ciudadanos y esto sólo puede realizarse si consideramos el análisis que debe realizar el autor potencial del hecho.

Un problema adicional es el nivel de conocimientos requerido en este observador *ex ante*. Se requiere en general que sea un observador ideal y entendido (por lo tanto, son irrelevantes las concretas capacidades del autor). Mientras Jakobs hace referencia al «experto competente» para la situación de conflicto del género que está en cuestión en sí: es decir, para los peligros de fuego, el bombero (27); Schaffstein requiere algo menos: «(...) el juicio objetivo del observador inteligente del sector del tráfico del agente y que disponga también de los conocimientos especiales de éste» (28). Roxin, por su parte, propone utilizar uno u otro criterio de los mencionados según que en el caso concreto existan expertos, como en el caso del bombero, o no, como en el caso de que se trate de una discusión sobre naufragos (29). En todo caso, el establecimiento de un estándar más bajo o más alto es determinante para el error sobre la situación de necesidad: un estándar que se establece apelando a medios más sofisticados favorecerá la existencia de errores, mientras que la apelación al ciudadano medio producirá el efecto contrario.

El origen del peligro puede ser una calamidad natural, un comportamiento humano, e, incluso, para algunos autores un delito (30). El límite es que si concurre una agresión antijurídica actual, ya entra en juego la legítima defensa (31). El peligro debe ser actual. Se afirma que un peligro es actual cuando «(...) *posteriormente ya no sería posible hacerle frente o sólo sería posible corriendo riesgos mucho mayores*» (32). Así, por ejemplo, se acepta que si bien no puede actuarse en legítima defensa cuando aún la acción ilegítima está en etapa meramente preparatoria (actos preparatorios), sí puede actuarse en estado

---

(26) En relación con la perspectiva *ex ante* y la función disuasoria de la ley, ver POSNER, E., y SUNSTEIN, C., «Dollars and Death», en *The University of Chicago Law Review*, 72:537, p. 554.

(27) JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 500.

(28) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 677.

(29) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 677.

(30) JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 501.

(31) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 679. En el mismo sentido MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, p. 451.

(32) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 680.

de necesidad si actuar posteriormente puede acarrear costes mucho mayores (33).

### 3.4 El Mal como coste esperado

El análisis de costes y beneficios que supone el estado de necesidad es un *análisis de eficiencia*, tal como lo define Silva Sánchez: una conducta es eficiente cuando sus beneficios globales (sociales) superan a los costes, con independencia de que estos costes recaigan sobre alguien en concreto y, en esa medida, le perjudiquen (34). La eficiencia de una conducta depende no sólo de los valores abstractos de los bienes en juego y de su afectación concreta, sino que, tal como se vino diciendo, juega un rol preponderante la tasa de peligro (posibilidad de producción del daño) que se cierne sobre los bienes.

Por ello, junto a la medida del daño que amenaza a una y otra parte, por ejemplo la gravedad de unas lesiones, también hay que tener en cuenta en la ponderación la cuestión del grado de probabilidad de su producción (35). Esta afirmación de Roxin no puede ser menos cierta. Los beneficios esperados de una acción, así como sus costes, sólo pueden medirse considerando el peligro de lesión existente.

En relación con esta situación, dice Roxin que resulta legítimo para hacer frente a un peligro concreto que implique una cierta perennidad, crear, solamente, peligros abstractos (36). Por ello, este profesor alemán afirma que está justificado por estado de necesidad que un automovilista que se ha dado cuenta de que hay un ladrillo entre las ruedas dobles de un camión que le precede, adelante al camión rebasando el límite de velocidad máxima permitida para avisar a su con-

---

(33) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 680. Ahora bien, la pregunta que cabe hacer, es: ¿por qué los costes deben ser «*mucho mayores*» y no sólo «*mayores*»?, cuando la acción en este último caso parece ser de por sí eficiente, ya que con costes menores se logra un resultado preventivo similar. Creo que una respuesta tentativa está en la idea de «proporcionalidad»: en casos que pueden producir un adelantamiento excesivo de la intervención en el ámbito de los derechos de terceros, como en el caso de los actos preparatorios, cuando todavía el coste esperado de la acción lesiva es bajo, ya que el peligro para el BJ por razones temporales es, aún, algo lejano, sólo se puede asumir el coste social de permitir este adelantamiento en los derechos de terceros cuando el balance de costes y beneficios posterior sea muy lesivo para la utilidad social.

(34) Conf. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, 1996, p. 96.

(35) En este sentido ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 690.

(36) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, pp. 690-691.

ductor, pues el peligro de que durante la marcha del camión pudiera salir lanzada la piedra y causar graves daños, era mucho mayor que el riesgo de un breve exceso de velocidad (37). Resulta claro en este ejemplo que se trata de la ponderación de posibles peligros contra la vida: mientras que el peligro para la vida (y también otros derechos) que representa que una piedra salga disparada contra el vidrio delantero de un auto es muy elevada, digamos un 50 por 100, el peligro para la vida (y otros derechos) a que da lugar un adelantamiento con leve exceso de velocidad es mucho menor, digamos un 5 por 100. Es claro que, en los términos de la ponderación de intereses, la vida puede ponderarse contra la vida.

Se trata de realizar un *análisis de eficiencia* en relación con los peligros existentes sobre ambos objetos protegidos por bienes jurídicos: 1. *El peligro externo que se dirige al objeto protegido por el interés preservado (cuya afectación constituye un mal mayor)* y 2. *El peligro que crea la acción del salvador sobre el objeto protegido por el interés sacrificado (el mal menor), de quien es titular un tercero ajeno totalmente a la situación de necesidad*. De este modo, quien para evitar un daño que se producirá con certeza si no actúa, lleva a cabo una acción salvadora que sólo en escasa medida pone en peligro a otro bien jurídico, por regla general tendrá de su parte el interés sustancialmente preponderante (38).

Así, por ejemplo, en un caso de estado de necesidad en el que hay igualdad de los bienes jurídicos (valor abstracto) y de la gravedad de la lesión a los bienes (valor concreto), si existe un 80 por 100 de probabilidad de que se produzca la lesión originada en un peligro externo a un bien, lo que se puede evitar imponiendo un 10 por 100 de probabilidad de lesión al bien de otro individuo, esta acción es eficiente. Si lo formalizamos esto se puede explicar del siguiente modo:

$$\begin{array}{rcl} \text{Valor Concreto del BJ} & = & \text{Valor Abstracto del BJ} - \text{Daño Esperado (Tasa de Depreciación)} \\ " & = & 100 - 80 \quad (\text{Daño del } 80 \text{ por } 100) \\ " & = & 20 \end{array}$$

Esto puede entenderse fácilmente con una analogía con el mercado inmobiliario. Una casa que en Barcelona tenga un valor de 1.000.000 de euros perderá parte o la totalidad de ese valor si se encuentra sujeta a ciertos riesgos, tal como puede ser que se encuentre en una zona que ha sufrido continuados incendios en los últimos tiempos que la someten a un peligro de destrucción total o parcial. La tasa

(37) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 691.

(38) Conf. ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 690.

de depreciación será mayor cuanto más graves sean los incendios esperados.

Ahora bien, esto no alcanza para determinar el valor de ese bien. La tasa de probabilidad de que ocurra esa cuantía de daño también resulta determinante. Siguiendo el mismo ejemplo de la casa, si bien se sabe que si sucede un incendio en la zona, éste causaría la total destrucción del inmueble, el valor del bien variará con la tasa de probabilidad de que ocurra dicho incendio, de modo que será muy distinta si esta tasa es de un 1 por 100 o de un 50 por 100. La siguiente fórmula permite formalizar lo expresado:

$$\text{Interés protegido} = \text{Valor Concreto del BJ} \times \text{Posibilidad de Lesión (Peligro)} = \text{Pérdida de V} = V \text{ Final}$$

" (A) =	20	$x$	0,50 por 100	$=$	- 10	$=$	10
" (B) =	20	$x$	0,10 por 100	$=$	- 2	$=$	18

¿Cómo se relaciona esto con el concepto «mal» (mayor y menor) del Código Penal español? Creo que resulta claro que el concepto «mal» hace referencia a la *pérdida de valor esperada*, mencionada en la formulación anterior, y que se deriva de la tasa de probabilidad de peligro actual e inminente sobre el objeto protegido por el bien jurídico. Lo que también surge claro de este análisis es que lo que se protege es el *interés de menor valor*, en el sentido de que es el que se ha depreciado más en razón de encontrarse sometido a ciertos riesgos. Parece que resulta intolerable para el Derecho que ciertos bienes fundamentales pierdan su valor, a punto tal que autoriza la intromisión en otros derechos, autorizando su depreciación, al someterlos a peligros de daños. De este modo, se intenta minimizar las pérdidas sociales que provienen de peligros.

Veamos ahora un supuesto de ponderación de males a la luz de lo afirmado. Dos casas se encuentran en la zona de un incendio. El salvador, un vecino que ha sido bombero muchos años, conoce que, por la dirección de los vientos, la Casa A («interés protegido A») con un valor abstracto de 200 unidades de valor, se encuentra con un daño esperado de 100, con un 50 por 100 de probabilidades. La Casa B, que está a unos cuantos metros, si los vientos cambiaron también sufriría la misma cuota de pérdida, pero esto resulta imposible por la posición del fuego. En Tiempo 1, es decir, antes de la intervención del salvador, el análisis de coste/beneficio indica que se puede actuar para salvar a la Casa A incrementando la tasa de peligro que existe sobre la Casa B. Debe tenerse en cuenta que el coste (la pérdida) global social en Tiempo 1 es de 50 (ya que se trata de una pérdida esperada de un 50 por 100 sobre el valor concreto de la Casa A que es de 100, mientras que la pérdida esperada sobre la Casa B es cero, conservando su valor

total). El *coste social global de la situación es 50*, correspondiente al mal esperado sobre la Casa A.

Siguiendo este análisis, el salvador (sujeto agente), para disminuir el peligro de que la Casa A se incendie, decide rodearla con arena y una sustancia que detendrá el fuego. Sin embargo, ello supone desviar el fuego y crear un riesgo de un 10 por 100 de pérdida de 100 sobre la Casa B. La pregunta es: ¿es esta acción eficiente?

Para saberlo, se deben ponderar los riesgos que existen en Tiempo 2; es decir, analizar el riesgo potencial una vez realizada la acción salvadora y compararla con el Tiempo 1. Así, si el salvador logra disminuir hasta un 20 por 100 el peligro de producción de resultado lesivo sobre la Casa A, a costa de crear un 10 por 100 de peligro sobre la Casa B, la acción salvadora ha sido eficiente ya que el resultado del *coste social global esperado es de 30, y por tanto menor a los 50 iniciales* (ya que corresponde 20 por el 20 por 100 y 10 por el 10 por 100). Si la ponderación de males sólo se hiciera de este modo, la acción estaría justificada.

Lo curioso de esta vía de análisis es que también sería eficiente la situación en la que el vecino/exbombero disminuyera hasta 0 por 100 la posibilidad de daños en la Casa A creando a su vez un peligro de 30 por 100 sobre la Casa B, ya que el *coste social global esperado también sería 30*, menor a los 50 originales. Lo extraño de esta variante es que el mal mayor lo sufriría, ahora, la Casa B. De este modo, cualquier otro vecino podría actuar en estado de necesidad para salvar a la Casa B, volviendo a crear un mal sobre la Casa A. Debe observarse que hay un aspecto muy positivo de este valor de eficiencia global: sólo será eficiente la intervención posterior que mejore el resultado total global, generándose un incentivo para un círculo virtuoso de intervenciones hasta llegar al 0 por 100 de peligro para ambos. Sin embargo, pueden existir razones morales, vinculadas a principios de corte liberal, que impidan crear ciertas tasas de peligro sobre los bienes de terceros ajenos a la situación de peligro inicial (39).

---

(39) Así, por ejemplo, Baldó Lavilla habla del principio de asunción personal de riesgos no imputables a terceros, es decir, que «cada cual corra con los riesgos que sobre él se ciernen». Ver BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 169. En relación con el complejo problema de los límites del deber de tolerar la intromisión de terceros que actúan en estado de necesidad en derecho propio y las consecuencias legales de infringirlo, ver BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, pp. 176 en adelante, y, así mismo, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Derechos de Necesidad Agresiva y Deberes de Tolerancia», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Navarra, 2005, pp. 1007 en ad.

#### 4. PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad se ha erigido en un criterio de legitimación que cruza gran parte del ordenamiento jurídico en el ámbito del Derecho Público (40). El principio pretende regular toda intervención estatal en el entorno social. En el ámbito del Derecho Penal la proporcionalidad se plantea como un principio que vincula en abstracto la gravedad de la pena con la gravedad del hecho cometido pero que, también, es un criterio para la previsión y concreción de las causas de justificación y para la determinación de causas de disminución de la culpabilidad específicas (41).

El concepto «proporcionalidad» tiene un carácter relacional, ya que sus atributos definitorios se relacionan entre sí, de modo que no puede comprenderse el «mal menor» sin hacer referencia al «mal mayor» ocasionado. No se trata de un concepto descriptivo sino valorativo; es decir, no pretende describir cómo es la relación entre los males en cuestión, sino cómo debe ser (42).

Creo que pueden adoptarse dos perspectivas en relación con el principio de proporcionalidad: una deontológica, que acuda a ciertos principios últimos para definir la relación en cuestión, o una consecuencialista, que tenga en cuenta los costes y beneficios en términos de libertad en la ponderación de males. En suma, la segunda alternativa se trata de un análisis de eficiencia. En este sentido, el principio de proporcionalidad se relaciona, como lo propone Lascuráin Sánchez, con una cierta economía de la libertad (43).

---

(40) Conf. SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El Principio Constitucional de Proporcionalidad en el Derecho Penal*, p. 1115.

(41) Conf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 183. En relación con la eximente de miedo insuperable, defiende la necesidad de cierta proporción entre mal generador del miedo y el causado con la acción MARTÍN LORENZO, María, «Sobre la perpetuación de una interpretación jurisprudencial insostenible del miedo insuperable», p. 22.

(42) En este sentido, dice Lascuráin Sánchez, *La idea de proporcionalidad pertenece a la deontología del Derecho, no a su ontología; no señala un elemento definicional, una propiedad o una consecuencia de la naturaleza del Derecho, sino una exigencia que impone un determinado criterio de justificación del mismo*. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», p. 159.

(43) Conf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», p. 161. Así, dice Lascuráin Sánchez, que «(...) la evaluación de la norma que en términos de libertad exige el principio de proporcionalidad es una evaluación global de sus costes y beneficios». Conf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», p. 167.

Este autor entiende que el principio de proporcionalidad está conformado por dos presupuestos y dos juicios. Los presupuestos son: 1. Que el *fin* perseguido por medio de la restricción de libertad sea *legítimo* y 2. Que el *medio utilizado sea idóneo* para obtener ese fin legítimo. Si estos presupuestos no tienen lugar, ya sea porque el fin perseguido es ilegítimo o porque el medio utilizado para lograrlo es inidóneo, la desproporción proviene palmariamente del intercambio de algo de libertad por nada (44).

Este autor se interesa por la relación de proporcionalidad entre la pena y el delito cometido; pero el análisis resulta totalmente aplicable al análisis del estado de necesidad, ya que se trata de un concepto general de proporcionalidad. Así, el fin perseguido hace referencia, en nuestro caso, a la protección de un interés jurídicamente valorado y el medio utilizado al interés afectado con la finalidad de salvar a aquél. Así, por ejemplo, quien intenta salvar un objeto que carece de protección jurídica (verbigracia, una cosa abandonada por su anterior propietario) no puede poner en peligro un interés jurídicamente protegido, aun cuando se trate de una afectación ínfima: se causa un daño social (en términos de libertad) para salvar algo que carece de valor alguno. Así mismo, quien intenta salvar un interés jurídicamente protegido (digamos, un edificio de varios pisos que está totalmente en llamas) por un medio absolutamente inidóneo (rompiendo el vidrio de un auto para tomar el pequeño extintor de fuego que se encuentra dentro de él) o por un medio supersticioso (como romper el escaparate de una santería para tomar un objeto de magia negra y comenzar a danzar frente al edificio) habrá afectado de modo desproporcionado la propiedad, ya que ha causado de modo imputable la afectación de un interés jurídicamente protegido siendo imposible obtener de ello algún beneficio social.

Ahora bien, una vez que se ha superado el análisis de los presupuestos, ya que el fin al que se dirige la acción es legítimo y el medio utilizado es idóneo, procede el análisis de los dos juicios en los que consiste el *juicio de proporcionalidad*. Estos dos juicios son: el *juicio de necesidad* y el *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*.

El juicio de proporcionalidad, por medio de los dos juicios que lo conforman, compara dos magnitudes, el medio empleado y el fin perseguido, es decir, el interés sacrificado y el interés preservado. Esta comparación se realiza contando con una unidad de medida común, que Lascuraín Sánchez describe como Libertad, pero que puede ser

---

(44) Conf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», pp. 163-167.

cuantificada en una unidad de medida numérica. Para ello, resulta necesario, tal como se ha dicho, otorgar un valor a los distintos bienes jurídicos en abstracto, ponderando luego el daño potencial a producirse y la tasa de posibilidad de que tal daño tenga lugar.

El *juicio de necesidad* tiene la función de abrir el análisis de la acción realizada a un juicio sobre la eficiencia de *acciones alternativas hipotéticas* que teniendo una eficacia similar en la protección del interés preservado puedan llevarse a cabo con menores costes, es decir, causando un daño menor en el interés sacrificado (45). Así, por ejemplo, en el ejemplo de la Casa A y B, sí se podía disminuir sobre la Casa A en igual medida, pero creando sobre la casa B una tasa de peligro menor.

El *juicio de proporcionalidad estricta*, por su parte, es un juicio puramente interno, que coteja los costes y los beneficios globales de libertad de una acción, en el caso del estado de necesidad. Debe observarse que en este nivel de análisis no se compara la acción con alternativas hipotéticas sino que es un análisis interno de los costes y beneficios de la acción. Así, la *proporción estricta de la acción salvadora* habrá de ser evaluada en función de los costes y beneficios globales de la libertad que la misma comporta (46). Esto puede observarse en la comparación entre la relación de eficiencia de Tiempo 1 y Tiempo 2 en el caso de la casa incendiada.

Así, una acción puede ser proporcionada en sentido estricto ya que salva un interés de mayor valor que el sacrificado pero, al mismo tiempo, no pasar el análisis de necesidad ya que tenía a su disposición una alternativa menos lesiva y, por lo tanto, menos costosa para la sociedad (47).

## 5. BREVE DIGRESIÓN SOBRE LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN LA COLISIÓN DE DEBERES

Si bien el caso que comento no se encuentra vinculado al problema dogmático de la colisión de deberes, creo que resulta intere-

---

(45) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», p.167.

(46) En este sentido, pero siempre referido a la relación de proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», p. 169.

(47) En relación con el debate acerca de la imposición de límites cualitativos al análisis cuantitativo, ver BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, pp. 165 en adelante.

sante mostrar cómo se aplica a estos casos el modelo de ponderación de intereses desarrollado.

La colisión de deberes requiere que, al menos, dos deberes diferentes se dirijan a un mismo destinatario, con contenido distinto, en unas mismas coordenadas de tiempo y lugar (48), sin que sea posible, por ello, cumplir ambos. Nos encontramos ante el universo de casos como los del padre que se encuentra ante la situación de que sus hijos se están ahogando y sólo tiene fuerzas para salvar a uno de ellos.

Son imaginables tres combinaciones de colisión de deberes: *a)* colisión de deberes de acción; *b)* colisión de un deber de acción con otro de omisión y, por último, *c)* colisión de deberes de omisión. Sin embargo, la tercera opción, la colisión de deberes de omisión, no puede constituir una colisión de deberes, pues cualquiera puede omitir simultáneamente diferentes acciones de no matar, no robar, no violar, etcétera (49). Para que haya colisión de deberes debe haber, al menos, un deber de acción, es decir, estar comprometido al menos un tipo omisivo o de comisión por omisión. Así, existen dos supuestos de colisión de deberes: colisión de dos o más deberes de acción y colisión de un deber de acción con otro de omisión. Sin embargo, una parte de la doctrina sólo admite la colisión de dos deberes de acción, es decir, de dos tipos omisivos (50).

Tanto la llamada colisión de bienes como la colisión de deberes se agrupan bajo el supraconcepto de estado de necesidad (51). La colisión de bienes y la colisión de deberes tienen en común su concreción en un bien jurídico y la existencia de un deber general incumplido (52). Pero también pueden identificarse algunos criterios diferenciadores como que en el conflicto de deberes resulta forzoso optar por una de las posibilidades que ofrece la alternativa, cosa que no ocurre en la colisión de bienes, ya que no hay deber de actuar sino sólo un derecho (53).

La doctrina afirma que en caso de *colisión de deberes de distinto género*, como en caso de una colisión entre una posición de garante y un deber de socorro del 195, prevalece el deber de garante; ejemplo:

---

(48) CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 68-9.

(49) Conf. SCHMIDHÄUSER, cit., por CUERDA RIEZU, A. *La colisión de deberes en Derecho penal*, p. 83. En el mismo sentido, JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 541.

(50) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 725.

(51) CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, p. 256.

(52) CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, p. 259.

(53) CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, p. 263.

en un accidente, el padre debe salvar de un peligro mortal ante todo a su hijo antes que a terceros. Si los *deberes son del mismo género pero de distinto rango*, como el caso de dos deberes de garante, uno para la protección de la vida frente a otro para proteger cosas, prevalece el de mayor rango. En caso de *igual género y rango de los deberes* se afirma que se debe dejar en libertad al sujeto agente para que opte libremente por uno u otro (así, por ejemplo, en caso de deber de garante para la protección de la vida de dos hijos) (54). Este modelo parece un análisis rígido paralelo al de *ponderación de bienes* en lugar del más flexible y complejo de la *ponderación de intereses*. Un modelo de ponderación similar al de la ponderación de intereses, ya analizado, debe considerar no sólo el valor del tipo de deber (*género*) y el valor de los bienes protegidos (*rango*) sino también las concretas posibilidades de daño en el caso concreto.

Por ello, también se aceptan casos en los que una posición de garante debe ceder ante un deber de socorro, cuando el primero se refiere al patrimonio y el segundo a la vida de una persona. En este sentido, Roxin afirma que no sólo debe considerarse el estatus de los deberes sino que también debe considerarse el valor de los bienes jurídicos. Así, si en un incendio el vigilante de un museo sólo puede salvar o bien una valiosa pintura o bien a un niño pequeño, sólo actuará justificadamente si socorre al niño aun cuando era garante de los daños ocurridos. También son importantes, continúa este autor, la gravedad del daño y el grado de peligro que amenaza: hay que salvar a un herido grave frente a un herido leve. Asimismo, si está en juego la salvación de la vida de un desconocido que ha sido víctima de un accidente, no estará justificada la actuación del padre que en vez de eso venda la herida leve de su hijo. Así, propone Roxin, el deber general del socorro en los casos más serios tendrá prioridad frente a una posición de garante referida a la preservación de bienes patrimoniales (55).

Coincido con estas propuestas de Roxin pero, si esto es así, debe aceptarse que no parece que el género y grado de los deberes en juego sean argumentos que operen como cartas ganadoras, sino que simplemente operarían en el sentido de que el deber de género o grado supe-

---

(54) Conf. JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 537. En sentido similar dice Cuerda Riezú, que cuando la antinomia surge de un conflicto de deberes de distinto valor el deber de valor superior tiene preferencia sobre el de menor rango. Sin embargo, cuando se trata de dos deberes del mismo valor la opción se relega al obligado por medio de la libertad de elección. CUERDA RIEZÚ, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, p. 269.

(55) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 728.

rior tendría una suerte de ventaja competitiva que le otorgaría un valor adicional al momento de ponderar costes y beneficios, pero que también entra en la ponderación (aunque, seguramente, con un valor asignado relativamente alto).

Así, debe incorporarse en el análisis el daño potencial para los bienes y la posibilidad de producción del resultado lesivo (56). Así, creo que, aun en caso de colisión de deberes de igual género y rango, es decir, de, por ejemplo, dos posiciones de garante que tienen como objeto de protección la vida, se puede resolver a favor de uno de ellos. No sólo debe considerarse el valor abstracto de los bienes en juego y el daño concreto esperado, sino también la posibilidad de que esos resultados sucedan.

Pero *en el caso de la colisión de deberes debe agregarse un punto adicional*, que es mencionado por Jakobs de un modo un tanto solapado: *debe optarse por la salvación de aquel bien que presenta más posibilidades de ser salvado* (57). En la colisión de deberes no sólo se hace un análisis de depreciación como se hizo antes, sino que se ha de agregar un análisis de «apreciación potencial» de los bienes en juego: *cuál objeto protegido puede salvarse y con qué porcentaje de posibilidad*. Al fin y al cabo, si uno hubiera realizado una inversión en sendas empresas que están con serios problemas financieros, pero mientras una de ellas se puede rescatar con un 80 por 100 de probabilidades mientras que la otra sólo con un 10 por 100; ¿dónde es eficiente invertir el dinero que nos queda? Resulta evidente que en la que puede ser salvada con mayor probabilidad.

Tomemos un ejemplo para ilustrar este planteamiento: dos niños de un año duermen en sendas habitaciones en una casa que se está incendiando. El niño A duerme en un habitación que se encuentra al lado de la entrada de la casa y tiene una ventana a la calle. El niño B en otra que se encuentra en el fondo de la casa que ha sido tomada en gran parte por las llamas y no tiene una salida fácil a la calle. El padre que está en la puerta puede salvar a A fácilmente, con un 100 por 100 de probabilidad (es decir, con certeza), mientras que sólo existe un 10 por 100 de probabilidades de salvar a B. El padre opta por salvar a B. Finalmente logra salvarlo mientras que A muere en el incendio. El padre ha cometido un injusto de homicidio de A en comisión por omisión, ya que tenía el deber de salvar a aquel hijo que *ex ante* tenía más posibilidades de ser salvado. Cabe, por supuesto, la posibilidad de

---

(56) En el mismo sentido, ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 728.

(57) Conf. JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 537.

analizar posibles errores en la apreciación de las posibilidades de salvamento o de eximir de responsabilidad al padre por razones vinculadas al análisis de la culpabilidad.

## 6. APLICACIÓN DEL MODELO DE ANÁLISIS DE LA PONDERACIÓN DE INTERESES AL CASO RESUELTO POR EL TRIBUNAL SUPREMO

La primera crítica que puede hacerse a la sentencia del Tribunal es que no profundiza en la consideración del valor abstracto de los bienes en juego. Esta parece ser una cuenta pendiente de gran relevancia, ya que la determinación del valor abstracto de los bienes es el punto de partida de todo el análisis de ponderación, tanto para el modelo de ponderación de bienes como de intereses (58).

La segunda crítica que puede realizarse a la sentencia del Tribunal Supremo, y que aparece vinculada a la primera, es que no resulta claro del análisis que realiza para descartar la aplicación del estado de necesidad si utiliza el modelo rígido de ponderación de bienes o el de ponderación de intereses analizado. Como se ha dicho, el primer modelo de análisis lleva a considerar el valor en abstracto de la vida o integridad física de los padres de Juan Francisco frente al valor abstracto del bien jurídico salud pública. El segundo modelo implica partir de dichos valores abstractos, considerar la tasa de probabilidad de que ocurra un daño a la vida o integridad física de los padres y ponderarlo con el daño social esperado que ocasionan los 50 kilos de cocaína traficados.

En tercer lugar, en relación con el delito de tráfico de drogas se produce una virtual derogación del instituto del estado de necesidad consecuencia de una errónea ponderación de dos magnitudes distintas: la disminución de un peligro que se deriva directamente de la acción del sujeto agente (como es en este caso la evitación de

---

(58) Es cierto que ponderar el valor abstracto de bienes tan dispares como la vida y la salud pública resulta complejo, hecho que queda patente en tres decisiones jurisprudenciales previas del Tribunal Supremo. En la 1186/1994 el Tribunal Supremo dijo que el peligro que había en el caso para la vida humana era de mayor valor que el de la salud pública, donde sólo mediáticamente se pone en peligro la vida, mientras que en la 1652/2000 dijo que el mal que se trataba de evitar, salvar la vida o la salud de una persona podía considerarse de nivel equiparable al mal consiguiente al delito de tráfico de drogas, mientras que en la 1957/2001 se dijo que el mal de hipotética causación a la salud pública se considera mayor que el que se trataba de evitar, un daño contra la salud y la vida de un hijo del imputado.

un daño a la vida o integridad física de los padres de Juan Francisco) y la creación de un peligro que no se deriva de la acción de dicho agente sino de la acción de innumerables acciones de múltiples traficantes de drogas (el daño a la salud pública). En relación con esta cuestión, creo que el Tribunal Supremo tiene dos alternativas para ponderar correctamente: 1. aislar los costes y beneficios de esa concreta acción, es decir, en este caso, ponderar el beneficio en términos de disminución de riesgo para los bienes individuales de sus padres con los daños potenciales esperados de la venta de 50 kilogramos de cocaína, o 2. ponderar las consecuencias de la creación de una regla supuesta en su acción: el Tribunal Supremo debe considerar cuáles son las consecuencias que tendría en términos de coste/beneficio para la sociedad permitir, en todos los casos, que se pueda traficar drogas en casos de peligros para la vida y/o la integridad física, ponderando con los costes sociales de la existencia de un mercado ilegal de drogas. Mezclar estas dos magnitudes, es decir, ponderar los beneficios concretos de la acción salvadora individual –la disminución del peligro existente para la vida e integridad física de los padres– con una magnitud distinta, como los efectos sociales globales de innumerables acciones individuales de tráfico de drogas, es, como suele decirse, comparar peras con manzanas. Sin embargo, esta última alternativa es la que late en el postulado de la restricción del estado de necesidad en estos casos (59).

---

(59) El erróneo criterio de ponderación que consiste en ponderar el daño individual que pretende evitar quien trafica drogas con el daño social global que origina la existencia de un mercado ilegal del consumo de drogas, ha sido sostenida por el Tribunal Supremo en más de una ocasión. Así, el Tribunal Supremo ha denegado la aplicación del estado de necesidad en el caso de quien traficaba 1.650 gramos de cocaína, argumentando que: «*La jurisprudencia de esta Sala [...] ha mantenido una línea constante en materia de narcotráfico, sobre todo en el tráfico de las llamadas drogas duras, como por excelencia lo es la cocaína, en el sentido de rechazar la eximiente completa o incompleta por entender que este delito constituye actualmente uno de los más graves males sociales por las gravísimas consecuencias –calificada en alguna sentencia de catastróficas– con un amplio espectro negativo en las personas afectadas y en sus familias y que representan, por decirlo con palabras de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, suscrita por España, “una grave amenaza para la salud y bienestar de los seres humanos libres y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad”*» (STS núm. 111/2003, de 3 de febrero).

Asimismo, en la Sentencia de 10 de febrero de 2005 (núm. 186/2005), caso en el que se traficaba con 1.875 gramos de cocaína, se argumentó para ponderar intereses: «*No cabe duda alguna –ha dicho esta Sala– que el tráfico de drogas, como la cocaína, constituye actualmente uno de los males sociales más graves, en razón a las gravísimas consecuencias que su consumo ocasiona, consecuencias que abarcan un*

En cuarto lugar, en mi opinión, el Tribunal Supremo debe considerar que los daños producidos por el consumo de drogas son autoinflictidos por los consumidores, cosa que no ocurre en el caso del daño a los padres. En efecto, si el bien colectivo salud pública puede interpretarse como una forma de adelantamiento de la protección de la vida e integridad física (como parece hacerlo el mismo Tribunal Supremo en el fundamento tercero de la sentencia de 8 de junio de 1994, núm. 1186/1994), debe considerarse que son los mismos individuos titulares de esos bienes los que los dañan. Por ello, debe considerarse en la ponderación que en un caso se está ante actos voluntarios de autolesión y en otro ante una lesión no voluntaria.

En quinto lugar, una cuestión a destacar es que la ponderación de los bienes en abstracto, sin considerar cuál es la tasa de probabilidad de que los resultados lesivos sobrevengan (ambos, el peligro actual e inminente y el creado por el agente salvador), puede tener efectos no deseados. Un modelo de análisis como el de la ponderación de intereses, tal como se la ha descrito, permite adaptarse mejor a la diversidad de situaciones en las que entran en conflicto distintos bienes jurídicos (60). En efecto, tomar en cuenta la cantidad de daño esperado y la tasa de probabilidad de que ese daño suceda permite una consideración adaptada a las particularidades del caso concreto. Sin embargo, el Tribunal Supremo parece ponderar por un lado un peligro (el que corren los padres de Juan Francisco) contra un daño ya existente (el daño macrosocial que produce el mercado de las drogas prohibidas). Asimismo, si de lo que se trata es de motivar al ciudadano a actuar en un sentido u otro (en nuestro caso, intentar salvar o no el bien en cues-

---

*amplio espectro, desde la ruina física, psíquica, económica y social del adicto, a la destrucción de las relaciones familiares, con el subsiguiente e inevitable sufrimiento que ello supone, sin olvidar la fuente inagotable de delincuencia con resultados siempre dramáticos y con frecuencia trágicos que tal tráfico genera. La desproporción entre los intereses enfrentados en el caso de autos se muestra tan evidente y abrumadora, que no precisa de mayores comentarios para poner de manifiesto la primacía que ha de otorgarse a la salud colectiva sobre una particular situación de dificultad económica, que en ningún caso permitiría justificar una agresión a la salud de la comunidad de la gravedad y consecuencias como las que supone el consumo de sustancias tan nocivas como aquellas con las que traficaba el acusado».*

En ambos casos, se atribuyó como daño del tráfico de menos de 2.000 gramos de cocaína el resultado lesivo global de la existencia de un mercado ilegal del consumo de drogas. Todo ello frente al peligro existente para los bienes de un solo individuo, que intenta proteger quien actúa en estado de necesidad.

(60) Indican esta diversidad de situaciones MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal-Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 338.

tión) y el injusto jurídico penal se rige por la tasa de peligro o riesgo que corren los objetos protegidos por bienes jurídicos en cuestión, resulta que debe considerarse *ex ante* la probabilidad de que el daño del peligro actual e inminente se realice y la tasa de probabilidad de que se realice el daño al tercero.

En sexto lugar, la tesis del Tribunal Supremo por la cual se deroga virtualmente el instituto del estado de necesidad en relación con casos de tráfico de drogas, si bien tiene un trasfondo criminológico –el hecho de que resulta relativamente fácil a las organizaciones criminales «construir» la situación de necesidad– y político –los compromisos del Estado español en materia de lucha contra el narcotráfico– comprensibles, no resulta correcta. Es al legislador a quien corresponde dictar normas generales que lleven a cabo una regulación específica del problema.

Por último, si el Tribunal Supremo hubiera analizado el estado de necesidad con más detenimiento se hubiera planteado la cuestión de si Juan Francisco o sus padres pudieron recurrir a la policía, de modo de evitar el daño social en que se incurrió. Es decir, si el Tribunal Supremo hubiera analizado en profundidad la posible aplicación del estado de necesidad hubiera debido considerar si existían a disposición medios menos lesivos o no lesivos para la sociedad que permitieran reducir el peligro para los padres en el mismo grado (proporcionalidad) de modo que la acción no fuera necesaria (juicio de necesidad). Ante esta circunstancia, el Tribunal debe determinar si la acción es *ex ante* necesaria para el autor, por no disponer de otras medidas concretas y posibles a su alcance, no siendo suficiente una evaluación a priori sobre alternativas en abstracto (61). Asimismo, debe considerarse la idoneidad de esas alternativas y cuál es el efecto que tiene esta alternativa de acción en términos de aumento de la probabilidad de lesión del bien que se pretende proteger (es decir, en nuestro caso, si intentar poner sobre aviso a la policía aumenta la probabilidad de lesión a los padres y en qué medida).

## 7. CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal Supremo evita entrar en el análisis del estado de necesidad con base en el argumento de que la jurisprudencia

---

(61) En este sentido, MARTÍN LORENZO, María, *Sobre la perpetuación de una interpretación jurisprudencial insostenible del miedo insuperable*, p. 18.

del Tribunal es muy restrictiva para reconocer esta causa de justificación en casos de tráfico de drogas. Esto parece significar que el Tribunal retoma los fundamentos en relación con el daño social que causa el mercado ilegal de drogas.

Esta decisión presenta diversos problemas. En primer lugar, no aclara el valor abstracto que otorga a la vida y a la salud pública, bienes que están sujetos a ponderación. Asimismo, no establece si para ponderar utiliza el modelo de ponderación de bienes o el de ponderación de intereses. Por otra parte, la virtual derogación del instituto del estado de necesidad para los casos de tráfico de drogas presupone una errónea ponderación de intereses: el Tribunal pondera el daño esperado contra un bien en particular que el agente busca evitar contra el daño social ocasionado por la existencia de un mercado ilegal de drogas, daño que no resulta atribuible sino muy parcialmente (en la medida de la cantidad y calidad de lo traficado) a la acción del agente.

El interés en juego sólo puede definirse considerando no sólo el valor abstracto otorgado a los bienes jurídicos sino también el daño concreto esperado y la tasa de probabilidad de que ocurra ese daño concreto. Asimismo, la ponderación debe establecerse en relación con los efectos de la acción del individuo; no resulta correcto atribuir al individuo el efecto lesivo de una innumerable cantidad de acciones de otros individuos (el daño social que produce el mercado ilegal de drogas).

Del examen de la sentencia comentada y de las citadas puede observarse que existe una variedad de soluciones en relación con el valor abstracto de los bienes y de su ponderación que no aporta seguridad jurídica. Asimismo, la postura del Tribunal Supremo de no reconocer el estado de necesidad, en casos en que al menos cabe plantearse su aplicación, en razón de apocalípticas consecuencias que no resultan atribuibles a una acción individual reflejan una línea jurisprudencial *ad hoc* para los casos de tráfico de drogas que parece dispuesta a rebasar las estructuras dogmáticas reconocidas (62).

El Tribunal Supremo debió continuar con la jurisprudencia dictada en casos anteriores (núms. 1186/1994, de 8 de junio, 1652/2000, de 30 de octubre, y 1957/2001, de 26 de octubre) en las que entró a analizar con más detalle la cuestión del estado de necesidad y aceptó, al

---

(62) Una cuestión similar en relación con la variedad de soluciones dogmáticas que se utilizan en la eximente de miedo insuperable en casos de tráfico de drogas destaca MARTÍN LORENZO, María, *Sobre la perpetuación de una interpretación jurisprudencial insostenible del miedo insuperable*, p. 26.

menos, la eximente incompleta. El peligro existente para la vida de los padres debe considerarse, en mi opinión, como de superior valor que el bien jurídico colectivo salud pública. Pero, éste, en todo caso, es un problema que debe enfrentarse e intentar resolverse con los instrumentos teóricos adecuados. Lo hasta aquí expresado ha pretendido ser una contribución en ese sentido.



# Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho. Abogada

## CONSTITUCIÓN

### ARTÍCULO 14

#### *Derecho a la igualdad ante la ley. Baremos de accidentes de circulación*

«Debemos comenzar recordando que la denuncia que se formula en relación con la pretendida lesión del derecho a la igualdad (art. 14 CE), por aplicación en la Sentencia impugnada del sistema de baremo legal tasado introducido en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor por la Ley 30/1995, ya fue resuelta, en términos generales, por el Pleno de este Tribunal en su STC 181/2000, de 29 de junio, FFJ 10 y 11, reiterada luego en otras posteriores sobre la misma materia, por lo que, en aplicación de esta consolidada doctrina, dicha queja debe ser rechazada. En efecto, dijimos entonces respecto a la supuesta vulneración del artículo 14 CE por establecer la Ley un sistema en virtud del cual los daños sufridos en un accidente de circulación son resarcidos de forma diferente que si esos mismos daños tuvieran otro origen, que “la concreta regulación especial o diferenciada que se cuestiona 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. Se opera así en función de un elemento objetivo y rigurosamente neutro, que explica por qué la pluralidad de regímenes jurídicos especiales (existentes en materia de responsabilidad civil, entre los que ha de incluirse el establecido en la LRC) 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” (STC 181/2000, FJ 11; en el mismo sentido, posteriormente, SSTC 9/2002, de 15 de enero, FJ 3; 102/2002, de 6 de mayo, FJ 5; 42/2003, de 3 de marzo, FJ 5; 112/2003, de 16 de junio, FJ 4; 15/2004, de 23 de febrero, FJ 2; y 105/2004, de 28 de junio, FJ 4, por todas).

Por la misma razón no cabe reputar como lesivo del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) que el sistema de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la

circulación de vehículos a motor establezca que, en caso de supervivencia de la víctima del accidente de tráfico, sólo ésta tiene la condición de perjudicado, limitación que determina la exclusión de la demandante de amparo, lo que no sucedería si el accidente hubiera tenido otro origen. La demandante no aporta término válido de comparación sobre el que articular el eventual juicio de igualdad, pues la desigualdad producida por el hecho de que la condición de perjudicado venga determinada por la configuración de regímenes jurídicos diferenciados para los distintos sectores en los que ha surgido el particularizado régimen de responsabilidad civil objetiva o por riesgo (como es el caso de los daños originados en accidente de tráfico), que coexiste con el viejo núcleo de la responsabilidad civil extracontractual contenido en los artículos 1902 y siguientes del Código civil, no resulta contraria al artículo 14 CE, dado que esa diferencia de tratamiento jurídico posee una justificación objetiva y razonable, como se pone expresamente de relieve en la citada STC 181/2000, FJ 11.»

(STC 230/2005, de 26 de septiembre. Recurso de amparo 680/1997. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 28 de octubre de 2005. En el mismo sentido, STC 254/2005, de 11 de octubre. Cuestión de inconstitucionalidad 1702/1999. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 15 de noviembre de 2005. STC del Pleno 255/2005, de 11 de octubre. Cuestión de inconstitucionalidad 3206/1999. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» de 15 de noviembre de 2005. Y STC del Pleno 256/2005, de 11 de octubre. Cuestión de inconstitucionalidad 4085/1999. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 15 de noviembre de 2005.)

### *Derecho a la igualdad ante la ley. Diferenciación por razón de edad entre los hermanos de la víctima de un accidente de circulación*

«Como destacó la STC 244/2000, de 16 de octubre (FJ 1), la duda de constitucionalidad suscitada, desde la perspectiva del artículo 14 CE, “en relación con la exclusión de ciertos grupos de familiares del elenco de beneficiarios posibles de las indemnizaciones fijadas mediante baremación en la Ley 30/1995 no ha sido objeto de consideración por nuestra STC 181/2000, de 29 de junio. Por consiguiente, la doctrina sentada en la misma resulta sólo de indirecta aplicación” a un caso como el presente. En efecto, en la mencionada STC 181/2000 (FFJ 10 y 11) se analizó si era conforme con el artículo 14 CE la diferencia de regímenes de responsabilidad que resultaba del dato objetivo –“y rigurosamente neutro”– referido a que los daños “se hubiesen o no producido en el ámbito de la circulación de vehículos a motor”, pero no se contrastó con el citado precepto constitucional ninguna regulación especial o diferencia articulada “a partir de categorías de personas o grupos de las mismas”. En el caso presente, por el contrario, lo que se somete a la consideración de este Tribunal sí es una “diferencia de trato entre personas”, en concreto, entre los hermanos mayores de edad y los menores que –en ambos casos– hubieran convivido con la víctima: a los primeros no atribuye la Ley la condición de perjudicados-beneficiarios, a los segundos sí.

Se recordó en la citada STC 181/2000 (FJ 10) la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad en la ley (art. 14 CE), “que puede considerarse resumida en el FJ 1 de la STC 144/1988, de 12 de julio, en el que se declaró que el principio de igualdad prohíbe al legislador ‘configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución’”.

tución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria'. Para llevar a cabo esa labor fiscalizadora de la ley desde la indicada perspectiva del derecho de igualdad, este Tribunal ha recurrido en ocasiones a cánones complementarios de enjuiciamiento, como lo es el de exigir que exista una justificación objetiva y razonable de la diferencia (SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 150/1991, de 4 de julio, y 222/1992, de 11 de diciembre, entre otras muchas), y a pautas de general aplicación al legislador de los derechos fundamentales, como las que se derivan del principio de proporcionalidad y, más *in extenso*, de la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos"

Y, para la aplicación de esta doctrina en la presente cuestión, hemos de subrayar que las ya aludidas limitaciones cuantitativas de las indemnizaciones corren paralelamente a la determinación de la lista de perjudicados-beneficiarios: así, el grupo IV como hemos visto incluye en aquélla los hermanos menores de edad, con exclusión de los mayores. Junto a esto, hemos de indicar que la propia tabla I contempla como perjudicados-beneficiarios a los hermanos mayores de edad de la víctima mortal en accidente de circulación en el siguiente grupo de la misma, el V y último, bajo la rúbrica "Víctima con hermanos solamente". Esta previsión evidencia que el legislador no niega el carácter de perjudicados morales a los hermanos mayores de edad de la víctima fallecida en el siniestro circulatorio, sino, antes bien, que, caso de que pervivan a la misma sus ascendientes, opta (grupo IV) por concentrar las cantidades resarcitorias en éstos y en los hermanos menores de edad. Dicho de otro modo, la ausencia de los hermanos mayores de edad en las previsiones del grupo IV no se debe a ningún propósito del legislador de excluirlos de la condición de perjudicados-beneficiarios, otra fórmula. No lo ha hecho así, prefiriendo concentrar en los ascendientes y en los hermanos menores de edad, las cantidades resarcitorias y, a la vista de tal solución, parece difícil que pueda "tildarse de caprichoso o arbitrario el criterio utilizado para anudar a esas desiguales situaciones el efecto limitativo de cuya constitucionalidad se duda" (STC 100/1990, de 4 de junio, FJ 5), cuando tal criterio resulta consistir en un dato tan objetivo como la mayoría de edad, que obviamente comporta para quienes no llegan a ella una situación socio-jurídica sensiblemente distinta de quienes la rebasan, convirtiendo a unos y otros, en principio, en términos que no admiten adecuada comparación.

A lo expuesto es imprescindible añadir otras consideraciones relativas al sentido de la minoría de edad. "Dado que para el examen de la constitucionalidad de una ley la interpretación de ésta es un *prius* lógico insoslayable" (STC 83/2005, de 7 de abril, FJ 3) es necesario llamar la atención sobre una finalidad de los preceptos cuestionados no destacada por la interpretación de los mismos que realiza el Auto de planteamiento de la cuestión. Según éste, el único dato considerado relevante por aquellos para atribuir al hermano de la víctima la consideración de perjudicado-beneficiario sería la intensidad de la relación afectiva que derivaría de los elementos típicos de esa relación de parentesco y de la convivencia. Verdaderamente, según esta interpretación, no sería fácil justificar la razonabilidad del trato diferenciado entre el hermano mayor y el hermano menor de edad, porque no es ni mucho menos evidente cómo debe el legislador valorar la edad en relación con el daño afectivo derivado de la muerte de un hermano.

Se desprende fácilmente de la regulación cuestionada, sin embargo, que a la finalidad de la misma de reparar predominantemente un daño afectivo se añade otra que es la de prestar la protección derivada del derecho a recibir indemnización a una categoría de personas también típicamente necesitada de una mayor protección: la de los menores de edad (art. 39.3 y 4 CE).

Debe destacarse, en este contexto, que varios de los preceptos del capítulo tercero del título primero de la Constitución –“principios rectores de la política social y económica”– tienen como función precisamente la de identificar grupos de personas necesitados de especial protección [menores y madres (art. 39 CE), minusválidos (art. 49 CE), ancianos (art. 50), etc.]. Desde la perspectiva del principio de igualdad (tanto en su vertiente de igualdad en la ley, como en la de igualdad en la aplicación de la ley del art. 14 CE), esas referencias constitucionales específicas a colectivos personales permiten (y, a veces, imponen) el establecimiento de tratos diferenciadores positivos o favorables que, aunque impliquen una desigualdad, no pueden considerarse contrarios al mencionado artículo 14 CE. Este Tribunal ha hecho uso de los mencionados principios rectores que identifican grupos personales merecedores de especial protección en el sentido expuesto: “la maternidad y, por tanto, el embarazo y el parto son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 CE y, por tanto, las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre” STC 109/1993, de 25 de marzo –sobre la licencia para lactancia en el trabajo–, FJ 4; no es contrario al artículo 14 CE (principio de igualdad) ni al artículo 23.2 CE (derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos) una reserva porcentual de plazas para minusválidos en una oferta de empleo público en atención al mandato de protección de los discapacitados que se contiene en el artículo 49 CE (STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ 4); etc.

Y, en este sentido, es de subrayar que la diferenciación mayoría-minoría de edad es, sin duda, en línea general, constitucionalmente legítima –aparece expresamente recogida en el art. 12 CE–, dando lugar a status jurídicos distintos, que, entre otras consecuencias, determinan una mayor protección de los menores, como la propia Constitución también reconoce –arts. 39.3 y 4 CE–. Estas previsiones constitucionales tienen, pues, virtualidad bastante para generar un trato favorable.

Así las cosas, no puede considerarse contrario a las exigencias de igualdad que impone el artículo 14 CE que los hermanos menores de edad de la víctima gocen de una protección (la derivada del reconocimiento de la condición de perjudicado-beneficiario) que no se dispensa a los mayores de edad.»

(STC 190/2005, de 7 de julio. Cuestión de inconstitucionalidad 4904/1998. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 9 de agosto de 2005. En el mismo sentido, STC 231/2005, de 26 de septiembre. Recurso de amparo 3074/2000. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 28 octubre 2005.)

### *Derecho a la igualdad ante la ley. Discriminación por indiferenciación*

«Como ya se declaró en la citada STC 181/2000, FJ 11 [...] 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.)»

(STC 231/2005, de 26 de septiembre. Recurso de amparo 3074/2000. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 28 octubre 2005. En el mismo sentido, STC 257/2005, de 24 octubre. Recurso de amparo núm. 1027/1999. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 29 de noviembre de 2005.)

## ARTÍCULO 15

### *Derecho a la vida y a la integridad física y moral. Baremos de indemnizaciones en accidentes de tráfico*

«Por lo que se refiere a la pretendida vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), debe recordarse que también en la citada STC 181/2000 este Tribunal ha declarado, en términos generales, que el sistema de baremación tasada de daños establecido tras la Ley 30/1995 en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor no es contrario al artículo 15 CE, sino que respeta el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral. Expresamente dice la STC 181/2000, en su fundamento jurídico 8, que “este mandato constitucional de protección suficiente de la vida y de la integridad personal no significa que el principio de total reparación del dañado encuentre asiento en el artículo 15 de la Constitución”; y en el fundamento jurídico 9 *in fine*, concluyendo la argumentación expuesta hasta entonces –a la que es obligado remitirse aquí–, se advierte que “ningún reparo cabe, pues, oponer, desde el artículo 15 de la Constitución, a la constitucionalidad de las normas legales cuestionadas”. Doctrina que hemos tenido ocasión de reiterar con posterioridad (por todas, STC 42/2003, de 3 de marzo, FJ 4).

Sin perjuicio de lo anterior, para rechazar esta queja de la recurrente hemos de señalar que, además de que el principio de *restitutio in integrum* no encuentra asiento en el artículo 15 CE, tampoco se deriva del contenido del derecho fundamental protegido por dicho precepto constitucional un pretendido mandato al legislador de la responsabilidad civil para que, en los supuestos de supervivencia de la víctima del accidente de circulación, contemple como perjudicado con derecho a indemnización no sólo a la propia víctima –lo que resulta incuestionable– sino también a su cónyuge, en su caso, o a sus familiares. Si, como ha tenido ocasión de declarar el Pleno de este Tribunal en su reciente STC 190/2005, de 7 de julio, FJ 5, “ninguna exigencia constitucional impone que toda persona que sufra un daño moral por la muerte de alguien en accidente de circulación haya de ser indemnizada”, con mayor motivo ha de excluirse un pretendido derecho constitucional de terceros a ser indemnizados en concepto de perjudicados cuando la víctima del accidente de tráfico sobreviva a tal suceso.»

(STC 230/2005, de 26 de septiembre. Recurso de amparo 680/1997. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 28 de octubre de 2005. En el mismo sentido, STC 231/2005, de 26 de septiembre. Recurso de amparo 3074/2000. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 28 octubre 2005.)

## ARTÍCULO 17.4

### *Hábeas corpus*

«Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de hábeas corpus en el

artículo 17.4 CE, como garantía fundamental del derecho a la libertad, y en qué medida puede verse vulnerado por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de su incoación, generando una consolidada doctrina, recogida en las SSTC 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3, 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5, y 122/2004, de 12 de julio, FJ 3, que puede resumirse, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, en los siguientes puntos:

*a)* El procedimiento de hábeas corpus, previsto en el inciso primero del artículo 17.4 CE, y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 6 de mayo (LOHC), supone una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 de la Constitución, cuyo fin es posibilitar el control judicial a posteriori de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere está privada de libertad ilegalmente.

*b)* El procedimiento de hábeas corpus, aun siendo un proceso ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad.

*c)* De acuerdo con la específica naturaleza y finalidad constitucional de este procedimiento, y teniendo en cuenta su configuración legal, adquiere especial relevancia la distinción, explícitamente prevista en los artículos 6 y 8 LOHC, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia. Y ello porque, en el trámite de admisión, no se produce la puesta a disposición judicial de la persona cuya privación de libertad se reputa ilegal, tal y como pretende el artículo 17.4 CE, ya que la comparecencia ante el Juez de dicha persona sólo se produce, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 7 LOHC, una vez que el Juez ha decidido la admisión a trámite mediante el Auto de incoación.

*d)* De ese modo, aun cuando la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de hábeas corpus permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el artículo 4 LOHC. Por ello, si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del hábeas corpus. Ahora bien, este Tribunal ha admitido el rechazo liminar en supuestos en los cuales no se daba el presupuesto de privación de libertad o de falta de competencia del órgano judicial.

*e)* Por ello, en los casos en los cuales la situación de privación de libertad exista (requisito que, junto con los exigidos en el art. 4 de la Ley Orgánica 6/1984, es preciso cumplir para poder solicitar la incoación de este procedimiento), si hay alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de ésta, no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la privación de libertad, en aplicación de lo previsto en el artículo 1 LOHC, debe llevarse acabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas, según dispone el artículo 7 LOHC, pues, en otro caso, quedaría desvirtuado el procedimiento de habeas corpus. De ese modo no es posible fundamentar la improcedencia

de la inadmisión de este procedimiento cuando ésta se funda en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en el hábeas es el de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación.

f) Por lo que respecta a la existencia de una situación de privación de libertad, como presupuesto para la admisibilidad del hábeas corpus, se ha reiterado que debe cumplirse una doble exigencia. Por un lado, que la situación de privación de libertad sea real y efectiva, ya que, si no ha llegado a existir tal situación, las reparaciones que pudieran proceder han de buscarse por las vías jurisdiccionales adecuadas, de tal modo que “cuando el recurrente no se encuentra privado de libertad, la misma podría ser denegada de modo preliminar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1984, puesto que en tales condiciones no procedía incoar el procedimiento”. Y, por otra parte, que la situación de privación de libertad no haya sido acordada judicialmente, ya que sólo en estos supuestos tendría sentido la garantía que instaura el artículo 17.4 CE de control judicial de la privación de libertad, de modo que es plenamente admisible el rechazo liminar de la solicitud de hábeas corpus contra situaciones de privación de libertad acordadas judicialmente. En tal sentido este Tribunal ya ha afirmado que tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente y, por tanto, que con independencia de su legalidad no pueden ser objeto de rechazo liminar supuesto, pues, de privación de libertad necesitada de un control judicial a posteriori sobre su legalidad, articulado en nuestro Derecho –con carácter general y al margen de mecanismos específicos establecidos por la legislación de extranjería–, a través del procedimiento de hábeas corpus. Sin embargo, en la STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1, en recurso directo, en lo que ahora importa, dirigido contra el artículo 26 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, descartábamos la inconstitucionalidad de su apartado 2, que permitía el internamiento de extranjeros tras interesarlo del Juez de instrucción la autoridad gubernativa, haciendo una interpretación del régimen legal entonces vigente en la que concluímos que “el precepto impugnado respeta y ha de respetar el bloque de competencia judicial existente en materia de libertad individual, incluyendo el derecho de hábeas corpus del artículo 17.4 de la Constitución, tanto en lo que se refiere a la fase gubernativa previa, dentro de las setenta y dos horas, como también respecto a esa prolongación del internamiento en caso necesario, más allá de las setenta y dos horas, en virtud de una resolución judicial” (FJ 1). Esta afirmación se hizo en un contexto en el que importaba dejar claro que “la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma”. Por ello se subrayaba el estricto sometimiento de la autoridad gubernativa al control de los Tribunales, que no derivaba de forma terminantemente clara de la literalidad del texto legal.»

(STC del Pleno 303/2005, de 24 de noviembre. Recurso de amparo 2182/2003. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 21 de diciembre de 2005.)

## ARTÍCULO 18.1

### *Derecho a la intimidad personal. Investigación de datos económicos por la Inspección tributaria*

«Conforme a reiterada doctrina constitucional, el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reco-

nocida en el artículo 10.1 CE, implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10.a; en el mismo sentido la STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Y también debemos subrayar que “el derecho fundamental a la intimidad, al igual que los demás derechos fundamentales, no es absoluto, sino que se encuentra delimitado por los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos” (STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 4, *in fine*), razón por la cual en aquellos casos en los que, a pesar de producirse una intromisión en la intimidad, ésta no puede considerarse ilegítima, no se producirá una vulneración del derecho consagrado en el artículo 18.1 CE (SSTC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 3; y 83/2002, de 22 de abril, FJ 4).

A la luz de la doctrina citada lo primero que debemos determinar, atendidas las circunstancias del caso, es si la actuación de la Inspección de los tributos ha constituido o no una intromisión en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar del recurrente que el artículo 18.1 CE garantiza, y, en el supuesto de que así fuera, si dicha intromisión es o no legítima (SSTC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 3; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4; y 14/2003, de 28 de enero, FJ 4). Pues bien, la respuesta a ambos interrogantes es afirmativa.

En relación con la inclusión de los datos con trascendencia económica (y, por ende, tributaria) en el ámbito de intimidad constitucionalmente protegido es doctrina consolidada de este Tribunal la de que los datos económicos, en principio, se incluyen en el ámbito de la intimidad. Así lo han puesto de relieve, claramente, las SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 9; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 7; y 47/2001, de 15 de febrero, FJ 8. Señaladamente, en la citada STC 233/1999, este Tribunal afirmó que “la información cuya transmisión se prevé en el precepto cuestionado, esto es, aquella que tiene trascendencia tributaria puede incidir en la intimidad de los ciudadanos (SSTC 110/1984, 45/1989 y 142/1993; ATC 642/1986). Concretamente, hemos dicho que “no hay dudas de que, en principio, los datos relativos a la situación económica de una persona, entran dentro de la intimidad constitucionalmente protegida (ATC 642/1986)” (FJ 7). Por su parte la STC 47/2001 señaló que la resolución de la queja enjuiciada debía partir “necesariamente del reconocimiento de que en las declaraciones del IRPF se ponen de manifiesto datos que pertenecen a la intimidad constitucionalmente tutelada de los sujetos pasivos. Así lo hemos recordado en la reciente STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 7, al señalar que la información con trascendencia tributaria ‘puede incidir en la intimidad de los ciudadanos’ ” (FJ 8). Pues bien, si, como recordamos en el fundamento jurídico 7 de la STC 233/1999, no hay duda de que los datos relativos a la situación económica de una persona entran dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún puede haberla de que la información concerniente al gasto en que incurre un obligado tributario, no sólo forma parte de dicho ámbito, sino que a través de su investigación o indagación puede penetrarse en la zona más estricta de la vida privada o, lo que es lo mismo, en “los aspectos más básicos de la autodeterminación personal” del individuo (SSTC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21; y 99/2004, de 27 de mayo, FJ 13).

[...]

Para que la afectación del ámbito de intimidad constitucionalmente protegido resulte conforme con el artículo 18.1 CE, es preciso que concurran cuatro requisitos: en primer lugar, que exista un fin constitucionalmente legítimo; en segundo lugar, que la intromisión en el derecho esté prevista en la ley; en tercer lugar (sólo como regla general), que la injerencia en la esfera de privacidad constitucionalmente protegida se acuerde mediante una resolución judicial motivada; y, finalmente, que se observe el principio de proporcionalidad, esto es, que la medida adoptada sea idónea para alcan-

zar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, que sea necesaria o imprescindible al efecto (que no existan otras medidas más moderadas o menos agresivas para la consecución de tal propósito con igual eficacia) y, finalmente, que sea proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto) [SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 a)]. Pues bien, todos estos requisitos concurren en el presente supuesto.

5. Como hemos señalado, una de las exigencias que necesariamente habrán de observarse para que una intromisión en la intimidad protegida sea susceptible de reputarse como legítima es que persiga un fin constitucionalmente legítimo, o, lo que es igual, que tenga justificación en otro derecho o bien igualmente reconocido en nuestro texto constitucional [SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FFJ 7 y 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 9; 7/1994, de 17 de enero, FJ 3 B); 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 207/1996, de 16 diciembre, FJ 4 a); 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9 b); 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 a)]. A este respecto es indiscutible que la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria (SSTC 79/1990, de 26 de abril, FJ 3; 46/2000, de 17 de febrero, FJ 6; 194/2000, de 19 de julio, FJ 5; y 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 5), razón por la cual este Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de declarar que para el efectivo cumplimiento del deber que impone el artículo 31.1 CE es imprescindible la actividad inspectora y comprobatoria de la Administración tributaria, ya que de otro modo se produciría una distribución injusta en la carga fiscal (SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; y 76/1990, de 26 de abril, FJ 3). De lo anterior se sigue que el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 3). Y no cabe duda de que “el deber de comunicación de datos con relevancia tributaria se convierte, entonces, en un instrumento necesario, no sólo para una contribución justa a los gastos generales (art. 31.1 CE), sino también para una gestión tributaria eficaz, modulando el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE” (AATC 197/2003, de 16 de junio, FJ 2; y 212/2003, de 30 de junio, FJ 2; y en sentido similar, SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; y 292/2000, de 30 de diciembre, FJ 9).

Según lo que antecede, la investigación por la Inspección de los tributos de los datos con trascendencia tributaria de los obligados tributarios que obran en poder de las entidades crediticias tiene su justificación en la protección del citado deber de contribuir.»

(STC 233/2005, de 26 de septiembre de 2005. Recurso de amparo 573/2001. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 28 de octubre de 2005.)

## ARTÍCULO 18.3

### *Intervención de las comunicaciones telefónicas. Motivación del Auto que las acuerda.*

«La doctrina de este Tribunal parte de que la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede entenderse constitucionalmente legítima cuando

está legalmente prevista con suficiente precisión, autorizada por la autoridad judicial en el curso de un proceso mediante una decisión suficientemente motivada y se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad. En relación a este principio, la medida autorizada tiene que ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a su enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza. Así, hemos mantenido que esta intervención puede ser constitucionalmente ilegítima cuando no es imprescindible, bien porque los conocimientos que pueden ser obtenidos carecen de relevancia respecto de la investigación en curso o bien porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 3 a), y 126/2000, de 16 de mayo, FJ 6). Ahora bien, la obligación de motivar la resolución por la que se acuerda una intervención telefónica constituye una exigencia previa al examen del principio de proporcionalidad, por cuanto toda disposición limitativa de un derecho fundamental ha de ser convenientemente razonada a fin de que, en ella, se plasme el pertinente juicio de ponderación sobre su necesidad. Así, la expresión del presupuesto habilitante de la intervención telefónica constituye un *prius* lógico de este juicio de proporcionalidad, pues, de una parte, mal puede estimarse realizado ese juicio, en el momento de la adopción de la medida, si no se manifiesta, al menos, que concurre el presupuesto que la legitima y, por otra parte, sólo a través de esa expresión, podría comprobarse posteriormente su idoneidad y necesidad, es decir la razonabilidad de la medida limitativa del derecho fundamental (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7), posibilitando, además, posteriormente, el ejercicio del derecho a la defensa por parte del afectado por la medida, habida cuenta de que, por su propia naturaleza, aquella defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción.

Así, este Tribunal ha venido reiteradamente señalando que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal 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 de 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. Así, también, se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que han de ser algo más que simples sospechas, pues han de estar fundados en alguna clase de datos objetivos (SSTC 82/2002, de 22 de abril, FJ 5; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9).

La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, según la anterior doctrina, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que se precisa para que puedan entenderse fundadas que se encuentren 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 (STC 165/2005, 20 de junio, FJ 4, entre otras). Este es el criterio

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando en diversas resoluciones exige la concurrencia de “buenas razones o fuertes presunciones” de que las infracciones están a punto de cometerse (STEDH de 6 de septiembre de 1978, caso *Klass*, y de 5 de junio de 1992, caso *Lüdi*), expresando en nuestro ordenamiento el artículo 579 de la Ley de enjuiciamiento criminal que han de concurrir “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). No se trata de satisfacer los intereses de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2; y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11). De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención se exteriorice directamente en la resolución judicial, ésta, según una consolidada doctrina de este Tribunal, 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).

Por lo que se refiere a la duración de la medida, este Tribunal, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH *Valenzuela Contreras c. España*, de 30 de julio de 1998, y *Prado Bugallo c. España*, de 18 de febrero de 2003), han señalado que ha de procederse con especial cautela en el momento de procederse a fijar por el órgano judicial este límite temporal en su resolución (STC 205/2005, de 18 de julio, FJ 5), siendo así que las autorizaciones judiciales que restringen determinados derechos fundamentales, como en este caso la intimidad, no puedan establecer unos límites temporales tan amplios que constituyan “una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona” (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3 b). De no ser así, la medida de intervención telefónica, originariamente legítima desde una perspectiva constitucional perdería esta virtualidad, al devenir desproporcionada en atención a su dimensión temporal, implicando un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza, contrario al valor “Justicia” y a las mismas exigencias del “Estado de Derecho”.

[...]

Por otra parte, este Tribunal ha señalado que las condiciones de legitimidad de la limitación de este derecho fundamental afectan también a las resoluciones de prórroga y, respecto de ellas, además, debe tenerse en cuenta que la motivación ha de extenderse a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento que legitiman la restricción del derecho, aun cuando sólo sea para poner de manifiesto la persistencia de las razones que, en su día, determinaron la inicial decisión de intervenir las comunicaciones del sujeto investigado, pues sólo así dichas razones pueden ser conocidas y supervisadas.

A estos efectos no es suficiente una motivación tácita o una integración de la motivación de la prórroga por aquella que se ofreció en el momento inicial. Las decisiones judiciales sobre prórrogas de intervención telefónica, como recuerda la STC 202/2001, de 15 de octubre (FJ 6), para que satisfagan las exigencias constitucionales de motivación, han de expresar las circunstancias concretas concurren-

tes en cada momento que aconsejan la continuidad de la medida anteriormente acordada.»

(STC 261/2005, de 24 de octubre. Recurso de amparo 3134/2002. Ponente: D. Eugenio Gay Montalvo. «BOE» de 29 de noviembre de 2005. En el mismo sentido, STC 259/2005, de 24 de octubre. Recurso de amparo 3325/2001. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 29 de noviembre de 2005.)

*Intervención de las comunicaciones telefónicas. Motivación del Auto que las acuerda. Momento a partir del cual se considera que comienza a correr el plazo de intervención*

«Es plenamente aplicable la doctrina contenida en el fundamento jurídico 6 de la STC 171/1999, de 27 de septiembre, en la que hemos reafirmado que, “aun utilizando la no recomendable forma del impreso, una resolución puede estar motivada si, integrada incluso con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios a efectos de considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (STC 200/1997, FJ 4)” (idea igualmente recogida en ATC 40/2001, de 26 de febrero, FJ 2). En efecto, “aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 7; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3; y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 5)” (STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 3).

[...]

En dos ocasiones, este Tribunal ya ha advertido que autorizaciones judiciales que restringen determinados derechos fundamentales (como son la intimidad o la inviolabilidad del domicilio) no pueden establecer unos límites temporales tan amplios que constituyan “una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona” [STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3 b)] o una suerte de “suspensión individualizada de este derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio” (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7). Pues bien, el entendimiento de que la resolución judicial que autoriza una intervención telefónica comienza a desplegar sus efectos sólo y a partir del momento en que la misma se realiza supone aceptar que se ha producido una suspensión individualizada del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que tiene lugar desde el día en que se acuerda la resolución judicial hasta aquél en el que la intervención telefónica empieza a producirse.

[...]

Debemos recordar que cuando la interpretación y aplicación de un precepto “pueda afectar a un derecho fundamental, será preciso aplicar el criterio, también reiteradamente sostenido por este Tribunal (por todas, STC 219/2001, de 30 de octubre, FJ 10), de que las mismas han de guiarse por el que hemos denominado principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, lo que no es sino consecuencia de la especial relevancia y posición que en nuestro sistema tienen los derechos fundamentales y libertades públi-

cas (por todas, STC 133/2001, de 13 de junio, FJ 5). En definitiva, en estos supuestos el órgano judicial ha de escoger, entre las diversas soluciones que entiende posibles, una vez realizada la interpretación del precepto conforme a los criterios existentes al respecto, y examinadas las específicas circunstancias concurrentes en el caso concreto, aquella solución que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho fundamental afectado" (STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4). Es evidente que en el caso que nos ocupa la lectura más garantista, desde la perspectiva del secreto de las comunicaciones, es la que entiende que el plazo de intervención posible en el mencionado derecho fundamental comienza a correr desde el momento en que la misma ha sido autorizada.

De otro lado, si en nuestra STC 184/2003, de 23 de octubre, afirmábamos, en línea con la citada jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que el artículo 579 de la Ley de enjuiciamiento criminal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, "no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE)" (FJ 5), debemos afirmar ahora que el entendimiento de que el plazo previsto en una autorización judicial que autoriza la restricción del secreto de las comunicaciones comienza a correr el día en que aquélla efectivamente se realiza, compromete la seguridad jurídica y consagra una lesión en el derecho fundamental, que tiene su origen en que sobre el afectado pesa una eventual restricción que, en puridad, no tiene un alcance temporal limitado, ya que todo dependerá del momento inicial en que la intervención tenga lugar. Es así posible, por ejemplo, que la restricción del derecho se produzca meses después de que fuera autorizada, o que la autorización quede conferida sin que la misma tenga lugar ni sea formalmente cancelada por parte del órgano judicial. En definitiva, la Constitución solamente permite –con excepción de las previsiones del art. 55 CE– que el secreto de las comunicaciones pueda verse lícitamente restringido mediante resolución judicial (art. 18.3 CE), sin que la intervención de terceros pueda alterar el *dies a quo* determinado por aquélla.»

(STC 205/2005, de 18 de julio. Recurso de amparo 1356/2003. Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera. «BOE» de 18 agosto 2005.)

## ARTÍCULO 20

### *Derecho a la libertad de expresión. Derecho a comunicar libremente información*

«Como es sabido, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiales. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejerce la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la veracidad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de informa-

ción por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término “información”, en el texto del artículo 20.1 *d*) CE, el adjetivo “veraz” (STC 4/1996, de 19 de febrero).

Aunque hemos admitido que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos, en este caso, aun cuando el recurrente invoca la violación tanto de la libertad de expresión como de la de información, es claro, como apunta el Ministerio Fiscal, que el análisis del contenido que se estimó constitutivo de falta en las actuaciones penales se incardina de modo natural en la primera de las libertades citadas. La frase proferida no englobaba afán informativo, y sí que constituyó la expresión de un juicio u opinión del demandante de amparo sobre el sujeto pasivo o receptor de tales palabras. Por esta razón, su análisis deberá efectuarse con sometimiento al canon propio de la libertad de expresión, y no al canon de la veracidad exigida constitucionalmente al derecho a comunicar información (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre; 192/1999, de 25 de octubre; y 148/2001, de 27 de junio, FJ 5).

Como indicamos en la STC 115/2004, de 12 de julio, FJ 2, citando las anteriores 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, calumnia y falta de respeto a las instituciones y autoridades, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos.

Y ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del artículo 20.1 *a*) y *d*) CE, como cuestión previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si éstos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que las libertades del artículo 20.1 *a*) y *d*) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta (STC 104/1986, de 13 de agosto, FFJ 6 y 7, reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJ 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, FFJ 6 y 7; 320/1994, de 28 de diciembre, FFJ 2 y 3; 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 12 de febrero, FJ 2; 232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5). Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito (SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 2; y 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5), de manera que la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal, o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, no es constitucionalmente admisible.

En 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

manifestamente injuriosas e innecesarias para lo que se desea manifestar y, de tratarse de información, que ésta sea veraz. Pues si la opinión no es formalmente injuriosa e innecesaria, o la información es veraz, no cabe la sanción penal, ya que la jurisdicción penal, que debe administrar el *ius puniendi* del Estado, debe hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar, ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, ni desproporcionada, ya que así lo impone la interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales, rigurosamente motivada y ceñida al campo que la propia Constitución ha dejado fuera del ámbito protegido por el artículo 20.1 CE. Cuando el Juez penal incumple con esta obligación y elude ese examen preliminar para comprobar si la pretendida 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, al aplicar el *ius puniendi* del Estado, las libertades de expresión e información del acusado, sino que las está, simplemente, vulnerando.

En consecuencia, y como en más de una ocasión hemos dicho, la falta del examen preliminar de la eventual concurrencia en el caso concreto de la circunstancia de que los hechos a considerar no sean sino manifestaciones concretas del ejercicio legítimo de derechos o libertades constitucionalmente amparables, o la carencia manifiesta de fundamento de dicho examen, ha de ser considerada de por sí lesiva de tales derechos (STC 136/1994, de 9 de mayo, FJ 2, y las allí citadas, y las SSTC 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 18 de marzo, FJ 1; 2/2001, de 15 de enero, FJ 3; y 185/2003, de 27 de octubre, FJ 3) y dar lugar a la estimación del recurso de amparo y a la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas a través de él.

[...]

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, de 6 de junio, FJ 4, y 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6) 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 cualesquier 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 278/2005, de 7 de noviembre. Recurso de amparo 6559/2001. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 13 de diciembre de 2005.)

### *Derecho a la libertad de expresión de Abogado en ejercicio del derecho de defensa*

«Este Tribunal ha acuñado ya una consolidada doctrina sobre esta manifestación de la libertad de expresión que se encuentra sintetizada, entre otras, en las SSTC 65/2004, de 19 de abril, FJ 2; 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 5, y 22/2005,

de 1 de febrero, FJ 3, por citar sólo las más recientes. En estas Sentencias, siguiendo la jurisprudencia constitucional sobre esta materia, se afirma “que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 CE (STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 4)”. También se indica que “consiste en una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE) y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE)” y, por ello, se señala que “se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5)”.

Por otra parte, las SSTC 65/2004, de 19 de abril, FJ 2; 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 5; y 22/2005, de 1 de febrero, FJ 3, recogiendo también lo establecido en Sentencias anteriores de este Tribunal, destacan que los artículos 448 y ss. LOPJ (que regulan “las sanciones que pueden imponerse a los que intervienen en los pleitos y causas” y que se corresponden con los artículos 552 y ss. de la vigente LOPJ) deben interpretarse atendiendo a esta concreta manifestación del derecho a la libertad de expresión, afirmando que lo “dispuesto en tales preceptos no constituye sólo una regulación de la potestad disciplinaria atribuida a los Jueces o a las Salas sobre dichos profesionales, ‘que cooperan con la Administración de Justicia’ –según se indica en el epígrafe del libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, sino que incide, también, sobre la función de defensa que les está encomendada. De ahí que resulte preciso cohonestar dos exigencias potencialmente opuestas, pero complementarias: el respeto a la libertad del Abogado en la defensa del ciudadano y el respeto por parte del Abogado de los demás sujetos procesales, que también participan en la función de administrar justicia (SSTC 38/1998, de 9 de marzo, FJ 2; y 205/1994, de 11 de julio, FJ 5)”.

Asimismo, es doctrina reiterada de este Tribunal (SSTC 65/2004, FJ 2, 197/2004, FJ 5, y 22/2005, FJ 3, entre otras) que “la especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, que el artículo 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos erige en límite explícito a la libertad de expresión (SSTC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5; 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; y 79/2002, FJ 6; STEDH de 22 de febrero de 1989, caso *Barfod*)”.

Resulta, por tanto, que para poder apreciar si las correcciones disciplinarias impuestas a los Abogados en el ejercicio de su función de defensa son acordes con el derecho a la libertad de expresión –derecho que, como se ha indicado, en estos supuestos se encuentra reforzado dada su conexión con el derecho a la defensa que consagra el artículo 24 CE y por este motivo es especialmente resistente a restricciones que en otro contexto habrían de operar– debe atenderse a si las expresiones utilizadas resultaban justificadas por las exigencias del ejercicio del derecho de defensa, y para ello deberán tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes, pues éstas pueden justificar la mayor beligerancia en los argumentos sin más límite que el insulto y la descalificación innecesaria. Como ha declarado este Tribunal en la STC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5, “excluidos el insulto y la descalificación, la libre expresión de un Abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada por este Tribunal cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la

argumentación necesaria para impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos".»

(STC 232/2005, de 26 de septiembre. Recurso de amparo 255/2001. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 28 de octubre de 2005.)

## ARTÍCULO 24.1

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción*

«El derecho de acceso a la jurisdicción, constituyendo, como hemos afirmado, “la sustancia medular” (STC 37/1995, de 5 de febrero, FJ 5), el “contenido propio y primario” (STC 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2), del derecho a la tutela judicial efectiva, imprime, junto a los cánones comunes al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de obtención de una resolución fundada en Derecho, tales como exigencia de motivación suficiente, y ausencia de arbitrariedad, de irrazonabilidad manifiesta y de error patente, una exigencia ulterior y potencialmente más intensa de proporcionalidad, derivada del principio *pro actione*.

Así hemos mantenido, desde la STC 35/1995, de 7 de febrero, FJ 5, que el control constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia en estos casos (así como en el denegitorio de la jurisdicción cuando se cierra el acceso al proceso) del citado principio *pro actione* (SSTC 203/2004, de 16 de noviembre, FJ 2; 44/2005, de 28 de febrero, FJ 3; y 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2, entre otras muchas). Principio “de obligada observancia por los Jueces y Tribunales que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida” (SSTC 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2; y 168/2003, de 29 de septiembre, FJ 2).

Como hemos afirmado en diversas ocasiones, el acceso a la jurisdicción constituye un derecho prestacional de configuración legal, estando su ejercicio y su dispensación supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que el legislador haya establecido, por lo que no vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley que, a su vez, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental (SSTC 172/2002, de 30 de septiembre, FJ 3; y 79/2005, de 4 de abril, FJ 2).

Asimismo, hemos puesto de manifiesto que el principio *pro actione* no puede entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan, ya que esta exigencia llevaría al Tribunal Constitucional a entrar en cuestiones de legalidad procesal que corresponde resolver a los Tribunales ordinarios (STC 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2). Por el contrario, el deber que este principio impone consiste únicamente en obligar a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales de forma proporcionada, “impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminén u obstaculicen desproporcionadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida” (por todas, STC 122/1999, de 28 de junio, FJ 2).

Tal como afirma la STC 73/2004, de 23 de abril, FJ 3, “la apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde, con carácter general, a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función

que les es propia *ex artículo 117.3 CE*, no siendo, en principio, función de este Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada. Sin embargo corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete para interpretar las normas jurídicas a los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda. Dicho examen permite, en su caso, reparar en esta vía de amparo, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, la aplicación o interpretación que sea arbitraria, infundada, o resulte de un error patente que tenga relevancia constitucional o no satisfaga las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 321/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 48/1998, de 2 de marzo, FJ 3; 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4, entre otras muchas)".

Es decir, aun cuando la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales constituya, en principio, una cuestión de estricta legalidad ordinaria, a este Tribunal le corresponderá revisar aquellas decisiones judiciales en las que tales presupuestos procesales se hayan interpretado de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en un error patente. Y, además, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, dicha revisión también habrá de ser procedente en los casos en que la normativa procesal se haya interpretado de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican (SSTC 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; 179/2003, de 13 de octubre, FJ 2; 3/2004, de 14 de enero, FJ 3; 79/2005, de 2 de abril, FJ 2). Expresado en los términos de la reciente STC 133/2005, FJ 2, "lo que en realidad implica este principio es la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión (o de no pronunciamiento) que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión –o no pronunciamiento sobre el fondo– preservan y los intereses que sacrifican".

A los efectos de una cabal comprensión del alcance e incardinación del citado principio *pro actione* bajo la esfera protectora del artículo 24.1 CE no resulta improcedente recalcar el carácter más incisivo que posee el canon del acceso al proceso, en el sentido de que interpretaciones judiciales de la legalidad procesal que satisfagan el test de razonabilidad, y de las que incluso fuera predicate "su corrección desde una perspectiva teórica", pueden conllevar una "denegación del acceso a la jurisdicción a partir de una consideración excesivamente rigurosa de la normativa aplicable" (STC 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 3) y vulnerar, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva en la citada vertiente.»

(STC 237/2005, de 26 de septiembre. Recursos de amparo 1744/2003, 1755/2003, y 1773/2003, acumulados. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 28 de octubre de 2005. En el mismo sentido, STC 289/2005, de 7 de noviembre. Recurso de amparo 7715/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 13 de diciembre de 2005).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes*

«El rechazo de un doble enjuiciamiento de la misma conducta se ha encuadrado por la jurisprudencia constitucional en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva

tiva, y se ha concretado en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 b). En esta última Sentencia recordábamos que en la STC 159/1987, de 26 de octubre, «declaramos la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que “en el ámbito... de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar –a salvo del remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional– un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme” (FJ 2), pues, además, con ello se arroja sobre el reo la 2 carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento que no está destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional” (FJ 3).»

«En aplicación de esta garantía, situándola en el marco de la prohibición de incurrir en *bis in idem*, hemos considerado que no cabe reabrir un proceso penal que ha terminado con una sentencia firme condenando por la realización de un hecho calificado de falta, con la pretensión de que el mismo se recalificara como delito, pues ello vulneraría la cosa juzgada y la prohibición de incurrir en *bis in idem* ATC 1001/1987, de 16 de septiembre, FJ 2); hemos declarado carente de fundamento la alegación relativa a haber incurrido en *bis in idem* al haberse sustanciado dos procedimientos penales, pues sólo existía una coincidencia parcial entre los hechos enjuiciados (ATC 329/1995, de 11 de diciembre); y hemos afirmado, igualmente, la ausencia de lesión de esta garantía, por las resoluciones judiciales que declaran procedente la extradición solicitada, bien porque no constaba que se hubiera dictado en España “sentencia alguna definitiva en relación con el caso” (STC 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 4), bien porque se entienda que, en la medida en que el objeto del procedimiento extradicional no reside en efectuar un pronunciamiento condenatorio, no puede haber reiteración sancionadora (STC 102/1997, de 20 de mayo, FJ 6; ATC 90/1985, de 6 de febrero).»

«El alcance que este Tribunal ha otorgado a la interdicción de incurrir en *bis in idem*, en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como de la proscripción de ulterior enjuiciamiento cuando el mismo hecho ha sido ya enjuiciado en un primer procedimiento en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Así, en primer término, el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) –hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España (“Boletín Oficial del Estado” de 30 de abril de 1977)– dispone que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una Sentencia firme de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país”.»

(STC 249/2005, de 10 de octubre. Recurso de amparo 5299/2003. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 15 de noviembre de 2005).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a la ejecución de Sentencias*

«La doctrina constitucional de aplicación al caso se sintetiza en la STC 223/2004, de 29 de noviembre, en cuyo FJ 6 se reitera, una vez más, que “el derecho a la ejecu-

ción de las resoluciones judiciales firmes, en cuanto parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, constituye la garantía de que el fallo se cumpla, impidiendo que las Sentencias y los derechos en ellas reconocidos se conviertan en meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (entre otras, 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 y 140/2003, de 14 de julio FJ 6).»

Seguidamente se puntualiza que estas exigencias derivadas del artículo 24.1 CE «resultan plenamente compatibles con las atribuciones, también conferidas constitucionalmente a los Tribunales ordinarios, en orden a velar por aquel cumplimiento, de forma que, como igualmente ha recordado la doctrina constitucional, a ellos corresponde la interpretación de los términos del fallo y la del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada, así como la decisión de si aquél ha sido ejecutado o no correctamente y la de las medidas oportunas para asegurarla, apreciaciones todas ellas que únicamente resultan revisables en sede constitucional cuando han incurrido en arbitrariedad, carecen de razonabilidad o evidencian la dejación por parte del órgano judicial de su obligación de hacer ejecutar lo juzgado (SSTC 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4 y 3/2002, de 14 de enero, FJ 4). De ahí que sólo en los casos en los que estas resoluciones sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurran en error patente [SSTC 87/1996, de 21 de mayo, FJ 5; 163/1998, de 14 de julio, FJ 2 b); 202/1998, de 14 de octubre, FJ 2; 240/1998, de 15 de diciembre, FJ 2, y 106/1999, de 14 de junio, FJ 3] podrán considerarse lesivas del derecho que consagra el artículo 24.1 CE (SSTC 322/1994, de 25 de noviembre, FJ 3; 77/1996, de 20 de mayo, FJ 2; 202/1998, de 18 de noviembre, FJ 4, y 3/2002, de 14 de enero, FJ 4).»

La síntesis que ahora reiteramos se cierra con la precisión de que el control que corresponde ejercer a este Tribunal Constitucional es únicamente «de tipo negativo y se ciñe al examen de la razonabilidad de la interpretación que los titulares de la potestad de ejecución realicen del fallo en el marco de la legalidad ordinaria. Se trata, por consiguiente, de garantizar que, en aras precisamente del derecho a la tutela judicial efectiva, los Jueces y Tribunales no lleven a cabo interpretaciones de los fallos que, por alterarlos o apartarse de ellos, incurran en arbitrariedad, incongruencia, irrazonabilidad o error. El canon constitucional de fiscalización del ajuste de la actividad jurisdiccional de ejecución al fallo se compone pues, naturalmente, del fallo mismo (interpretado de acuerdo con la fundamentación y con el resto de los extremos del pleito) e igualmente de lo posteriormente resuelto para ejecutarlo, examinando si hubo o no un apartamiento irrazonable, arbitrario o erróneo en relación con el significado y con el alcance de los pronunciamientos de la parte dispositiva de la resolución que se ejecuta (SSTC 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4).»

(STC 187/2005, de 4 de julio. Recurso de amparo 7390/2003. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 5 de agosto de 2005).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho*

«Este Tribunal ha recordado –entre otras, en la STC 196/2003, de 1 de diciembre, FJ 6– que «el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los

criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). Este último aspecto no incluye un pretendido 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). Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, 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; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6).»

(STC 223/2005, de 12 de septiembre. Recurso de amparo 3871/2003. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 14 de octubre de 2005).

«Constituye doctrina plenamente asentada de este Tribunal, recogida, entre otras, en las SSTC 59/2003, de 24 de marzo, FJ 2, y 132/2005, de 23 de mayo, FJ 4, que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonable, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE, si bien, no obstante, el referido derecho también se satisface con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, cuando tal decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifica y que resulta aplicada razonablemente por el órgano judicial, pues, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, ha establecido el legislador, quien no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarias o caprichosas que impidan la efectividad de la tutela judicial garantizada constitucionalmente.

El primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales constitucionalizado en el artículo 24.1 CE es el derecho de acceso a la jurisdicción (STC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 3), con respecto al cual el principio *pro actione* actúa con toda su intensidad, por lo cual las decisiones de inadmisión (o, como aquí ahora sucede, de desestimación por motivos estrictamente formales) sólo serán conformes con el artículo 24.1 CE cuando no eliminan u obstaculicen desproporcionadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada.

Esta consideración general se concreta, en lo que en estos momentos interesa, en los dos siguientes extremos: *a) como regla general, la interpretación de las normas procesales y, más en concreto, el control de la concurrencia de los presupuestos y requisitos materiales y procesales que condicionan la válida constitución del proceso son operaciones jurídicas que no trascienden el ámbito de la legalidad ordinaria, correspondiendo su realización a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que, de manera privativa, les confiere el artículo 117.3 CE, pues es facultad propia de la jurisdicción ordinaria la interpretación, selección y aplicación de las normas a cada supuesto litigioso concreto; y b) esta regla tiene como excepción “aquellos supuestos en los que la interpretación efectuada por el órgano judicial de*

esta normativa sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente y, asimismo, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, en los casos en que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican" (STC 231/2001, de 26 de noviembre, FJ 2). En estos casos, se producirá una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, que justificará la intervención de este Tribunal, puesto que, aunque no sea su misión interpretar las normas procesales, si lo es la constatación de que la exégesis realizada por los órganos jurisdiccionales no es contraria a la Constitución.»

(STC 243/2005, de 10 de octubre. Recurso de amparo 107/2002. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 15 de noviembre de 2005).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a los recursos*

«Hemos puesto de relieve en numerosas ocasiones que no existe propiamente un derecho derivado de la Constitución a disponer de un recurso contra las resoluciones judiciales, salvo en lo relativo a sentencias penales condenatorias, de manera que, con esta última excepción, son cada una de las Leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales las que determinan los concretos supuestos en que procede un recurso, de modo que su establecimiento y regulación pertenecen, en principio, al ámbito de libertad del legislador (en este sentido, por todas, SSTC 251/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 71/2002, de 8 de abril, FJ 3; y 91/2005, de 18 de abril, FJ 2), siendo indudable la configuración del recurso de casación como un remedio procesal extraordinario, con fundamento en motivos tasados *numeris clausis*, y cuya admisibilidad queda sometida, no sólo a los requisitos meramente extrínsecos –tiempo y forma– y a los presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y viabilidad de la pretensión, cuyo régimen es más severo por su propia naturaleza (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 125/1997, de 1 de julio, FJ 4; 197/1999, de 25 de octubre, FJ 3, y 89/2002, de 22 de abril, FJ 2).

También hemos reiterado que, en todo caso, una vez que el legislador ha previsto un concreto recurso contra determinadas resoluciones judiciales, el derecho a disponer del citado recurso pasa a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, incorporándose o integrándose en él, lo que es coherente con el carácter del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como derecho de configuración legal (STC 115/2002, de 20 de mayo, FJ 5). Pero es a las partes intervenientes a quienes corresponde en cada caso actuar con la debida diligencia en la interposición del recurso, 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; 172/2000, de 26 de junio, FJ 2, y 107/2005, de 9 de mayo, FJ 4). Esta exigencia tiene especial relevancia en el recurso de casación dada su particular naturaleza, que exige una especial diligencia y pericia técnica por parte de la asistencia letrada de los recurrentes que decidan utilizar esta vía, puesto que debe conocer necesariamente las exigencias procesales establecidas en las Leyes para este tipo de recurso, así como la interpretación que de dichas exigencias, en tanto que cuestiones de legalidad ordinaria, hace el Tribunal Supremo, y ello tanto más cuando exista una doctrina consolidada al respecto (STC 89/2002, de 22 de abril, FJ 2).

Interpuesto por la parte el recurso que estime procedente, la decisión sobre su admisión y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que esté sujeto constituye, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde determinar 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), sin que del artículo 24.1 CE dimane un derecho a obtener en todo caso una decisión sobre el fondo del recurso interpuesto, que puede ser inadmitido sin tacha constitucional alguna por razones formales o de fondo (entre otras muchas, STC 48/2002, de 25 de febrero, FJ 3). El respeto que de manera general ha de observarse en relación con las decisiones de los órganos judiciales adoptadas en este ámbito de la interpretación y de la aplicación de la legalidad ordinaria debe ser, si cabe, aún más escrupuloso cuando la resolución que se enjuicia es del Tribunal Supremo a quien está conferida la función de interpretar la Ley ordinaria, también evidentemente la procesal, con el valor complementario del ordenamiento que le atribuye el artículo 1.6 del Código Civil (SSTC 119/1998, de 4 de junio, FJ 2; 160/1996, de 15 de octubre, FJ 3; 89/2002, de 22 de abril, FJ 2, y 91/2005, de 18 de abril, FJ 2).

Sin perjuicio de esa competencia de los órganos de la jurisdicción ordinaria para decidir sobre la admisibilidad de los recursos, corresponde a este Tribunal Constitucional enjuiciar, a través de los procedimientos de amparo, si la inadmisión de un determinado recurso ha podido suponer la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Con motivo de las numerosas ocasiones en que este Tribunal ha efectuado ese control, se ha conformado una doctrina que desde nuestra STC 37/1995, de 7 de febrero, afirma que el control constitucional que puede realizar este Tribunal sobre las resoluciones judiciales que inadmitan un recurso es meramente externo y debe limitarse a comprobar si se apoyan en una causa legal (STC 168/1998, de 21 de julio, FJ 2) o si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad (SSTC 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 6/2001, de 15 de enero, FJ 3; 112/2002, de 6 de mayo, FJ 2; 46/2004, de 23 de marzo, FJ 4; 91/2005, de 18 de abril, FJ 2, y 107/2005, de 9 de mayo, FJ 4).

El fundamento de esta doctrina reside en que el principio *pro actione* 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, pues mientras que el derecho a la obtención de una primera 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. 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 (por todas, SSTC 91/2005, de 18 de abril, FJ 2; y 107/2005, de 9 de mayo, FJ 4).

Naturalmente el ejercicio por este Tribunal de su control sobre las resoluciones que en esta materia dicten los órganos judiciales debe atender a los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el artículo 10.2 CE, los cuales “constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce”, de suerte que habrán de tomarse en consideración “para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que... ha reconocido nuestra Constitución” (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con referencia a la Carta de Niza; y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3) y de que nuestra propia doctrina constitucional opera con un juego de referencias al Convenio europeo

para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6, y jurisprudencia en ella citada).»

(STC 248/2005, de 10 de octubre. Recurso de amparo 3324/2003. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 15 de noviembre de 2005).

«El derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, del que este Tribunal se ha ocupado en incontables ocasiones, es un derecho de configuración legal. Eso significa que sólo puede ser ejercido de conformidad con las condiciones establecidas por el legislador (STC 161/2002, de 16 de septiembre, FJ 3, por ejemplo).

A partir de dicha configuración, venimos afirmando que las resoluciones judiciales que declaran la inadmisibilidad de un recurso, excluyendo el pronunciamiento sobre el fondo en la fase impugnativa del proceso, sólo vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, cuando se funden en una interpretación de la legalidad que resulte arbitraria o manifiestamente irrazonable, se apoyen en una causa legal inexistente o hayan incurrido en un error patente (por todas SSTC 221/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 114/2004, de 12 de julio, FJ 3). El control que la jurisdicción constitucional puede ejercer procesales de interposición de los recursos es meramente externo y debe limitarse a comprobar si tienen motivación y si cumplen con el citado canon de control (por todas, STC 66/2005, de 14 de marzo, FJ 2).»

(STC 276/2005, de 7 de noviembre. Recurso de amparo 6848/2000. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 13 de diciembre de 2005).

«Es doctrina constitucional plenamente consolidada a partir de la STC 37/1995, de 7 de febrero, que el derecho a acceder a los recursos legalmente establecidos se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE en la configuración que reciba de cada una de las leyes procesales reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo a las sentencias penales condenatorias. De este modo, el control que compete a la jurisdicción constitucional no alcanza a revisar los pronunciamientos jurisdiccionales referidos a la inadmisión de recursos, al ser ésta una cuestión de legalidad ordinaria, salvo que la interpretación o aplicación de los requisitos procesales llevada a cabo por el Juez o Tribunal resulte manifiestamente arbitraria, irrazonable, o incursa en un error patente (por todas, SSTC 181/2001, de 17 de septiembre, FFJJ 2 y 3; 59/2003, de 24 de marzo, FJ 2).

En este contexto, resulta evidente que el legislador puede regular válidamente el lugar y el plazo de presentación de los recursos judiciales, siendo la interpretación y aplicación de este tipo de normas procesales por los Jueces y Tribunales una cuestión de legalidad ordinaria, que, no obstante, puede adquirir una dimensión constitucional cuando la decisión judicial de inadmisión del recurso se base, como acaba de decirse, en una interpretación y aplicación de dicha normativa que esté incursa en un error patente, irrazonabilidad manifiesta o arbitrariedad.

Este Tribunal, de manera acorde con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 28 de octubre de 1998, asunto Pérez de Rada Cavañillas c. Reino de España, párrafos 43 y siguientes, en relación con el artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos: CEDH), ha considerado que la decisión judicial de inadmisión de los recursos no superaba dicho canon constitucional, a pesar de ser presentados dichos recursos en lugares distintos a los previstos en las normas procesales y de llegar al órgano judicial competente fuera de plazo legalmente establecido.

blecido, cuando concurrían circunstancias excepcionales y no existía negligencia alguna de parte, debiendo determinarse, lógicamente, la excepcionalidad de la situación y la diligencia de la parte procesal caso por caso (SSTC 41/2001, de 12 de febrero, FJ 6, y 90/2002, de 22 de abril, FJ 3). Así ha identificado distintos criterios que permiten medir los niveles de excepcionalidad y de diligencia a los que se acaba de aludir, que deben servir a los órganos judiciales para determinar la admisibilidad de los recursos a pesar de ser recibidos en las sedes de dichos órganos fuera de plazo, y que pueden conducirnos a apreciar, en definitiva, si las decisiones de inadmisión de un recurso por la jurisdicción ordinaria por considerarlo extemporáneo están o no incursas en un vicio de error patente, de manifiesta irrazonabilidad o de arbitrariedad, o si, en otros términos, dichas decisiones respetan o, en su caso, lesionan el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho de acceso al recurso. Entre estos criterios, que no deben considerarse en modo alguno como tascados, hemos identificado de manera expresa los siguientes: *a) la interposición del recurso dentro del plazo legalmente establecido en un registro público distinto del órgano judicial competente para conocer del asunto (como puede ser el ofrecido por el servicio de correos), que permita tener constancia cierta de la fecha (y, en su caso, hora) de presentación del escrito; b) el alejamiento entre la sede del órgano judicial donde debe ser presentado el escrito de recurso y el domicilio de quien lo interpone; c) la amplitud del plazo para la interposición del recurso en relación con el grado de complejidad técnica para su fundamentación; y d) la actuación o no bajo asistencia letrada* (SSTC 41/2001, de 12 de febrero, FJ 6; 90/2002, de 22 de abril, FJ 3; 223/2002, de 25 de noviembre, FJ 4, y 20/2005, de 1 de febrero, FJ 2; y SSTEDH de 28 de octubre de 1998, asunto Pérez de Rada Cavanillas c. Reino de España, párrafos 45 a 49; y de 11 de octubre de 2001, asunto Rodríguez Valín c. Reino de España, párrafos 25 a 28).»

(STC 283/2005, de 7 de noviembre. Recurso de amparo 4402/2002. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 13 de diciembre de 2005).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a los recursos. Error patente con relevancia constitucional*

«Este Tribunal tiene declarado que un error del Juez o Tribunal sobre los presupuestos fácticos que le han servido para resolver el asunto sometido a su decisión puede determinar una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Ahora bien, para que se produzca tal violación es necesario que concurren determinados requisitos, pues no toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional. En primer lugar, el error ha de ser patente, manifiesto, evidente o notorio, en cuanto su existencia resulte inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia. El error ha de ser, en segundo lugar, determinante de la decisión adoptada, de forma que constituya el soporte único o fundamental de la resolución, su *ratio decidendi*; en definitiva, se trata de que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, de tal modo que no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo. Además la equivocación debe ser atribuible al órgano que la cometió, es decir, no imputable a la negligencia o mala fe de la parte, que en tal caso no podría quejarse, en sentido estricto, de haber sufrido un agravio del derecho fundamental. Por último, el error ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica de

quien lo invoca (SSTC 201/2004, de 15 de noviembre, FJ 3; 114/2005, de 9 de mayo, FJ 3, y doctrina allí citada).»

(STC 225/2005, de 12 de septiembre. Recurso de amparo 4892/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 14 de octubre de 2005. En el mismo, STC 251/2005, de 10 de octubre. Recurso de amparo 1733/2004. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 15 de noviembre de 2005).

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a los recursos. Inadmisión de recurso de apelación penal por falta de representación del Abogado de oficio que lo interpuso*

«Este Tribunal ha declarado reiteradamente que la falta de acreditación de la representación procesal es subsanable si el defecto se reduce a esta mera formalidad, y siempre que tal subsanación sea posible, de modo que en tales supuestos debe conferirse a las partes la posibilidad de subsanación antes de impedirles el acceso al proceso o al recurso legalmente previsto (SSTC 123/1983, de 16 de diciembre; 163/1985, de 2 de diciembre; 132/1987, de 21 de julio; 174/1988, de 3 de octubre; 92/1990, de 23 de mayo; 213/1990, de 20 de diciembre; 133/1991, de 17 de junio; 104/1997, de 2 de junio; 67/1999, de 26 de abril, FJ 5; 195/1999, de 25 de octubre, FJ 2; 285/2000, de 27 de noviembre, FJ 4; 238/2002, de 9 de diciembre, FJ 4, y 2/2005, de 17 de enero, FJ 5). Por el contrario, este Tribunal ha estimado que no resulta contraria al derecho a la tutela judicial efectiva la interpretación judicial de que no resulta subsanable, no ya la falta de acreditación o insuficiencia de la representación procesal, sino la carencia absoluta de la misma ante la inexistencia del apoderamiento mediante el que se confiere (SSTC 205/2001, de 12 de octubre, FJ 5 y 2/2005, de 17 de enero, FJ 5, entre otras). Por ello, en la STC 125/2005, de 23 de mayo, se deniega el amparo en un supuesto similar al presente, en el que la demandante de amparo fundaba su queja en que la inexistencia de poder a favor del Letrado era subsanable.

[...]

Conforme a la doctrina de este Tribunal, recordada en la STC 13/2000, de 17 de enero (FJ 2), “los órganos judiciales han de velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, especialmente en los casos en que la dirección y representación se realiza mediante la designación de oficio, no bastando para tutelar el derecho de defensa la designación de los correspondientes profesionales, sino que la realización efectiva del derecho de defensa requiere, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 9 de octubre de 1979 (caso Airrey), 13 de mayo de 1990 (caso Artico) y 25 de abril de 1983 (caso Pakelli), proporcionar asistencia letrada real y operativa” (en el mismo sentido SSTC 91/1994, de 21 de marzo, FJ 3, y 47/2003, de 3 de marzo, FJ 2).

Pero además, y sobre todo, con relación al derecho al recurso penal y al derecho al doble grado de jurisdicción, este Tribunal ha declarado que cuando se trata del acceso a un recurso penal de quien resultó condenado en la primera instancia judicial, es más rigurosa la vinculación constitucional del Juez *ex artículo 24.1 CE* en la interpretación de todas las normas de Derecho procesal penal de nuestro Ordenamiento (SSTC 60/1985, de 6 de mayo, FJ 2; 221/2000, de 18 de septiembre, FJ 3, y 130/2001, de 4 de junio, FJ 2), “siendo de aplicación el principio de interpretación *pro actione* en virtud de la exigencia constitucional de una doble instancia a favor del reo, entendido como la interdicción de aquellas decisiones o actuaciones judiciales determinantes de la privación de esta garantía esencial que por su rigorismo, por su formalismo

excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que tratan de preservar y los intereses que se sacrifican" (SSTC 130/2001, de 4 de junio, FJ 2, y 11/2003, de 27 de enero, FJ 3). En otros términos, porque el derecho del condenado en un proceso penal a que la condena sea revisada por un tribunal superior, en virtud del artículo 10. 2 CE y del artículo 14. 5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, constituye una garantía específica de tal tipo de proceso.»

(STC 217/2005, de 12 de septiembre. Recurso de amparo 3192/2001. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 14 de octubre de 2005).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Error patente*

«De acuerdo con la reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 CE, comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso que, no obstante, puede ser también de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 4; 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4, entre otras). También hemos dicho que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6), si bien 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 tomados en consideración para resolver el asunto sometido a su decisión puede determinar una infracción del artículo 24.1 CE. Ahora bien, para que se produzca tal afección es necesario que concurran determinados requisitos, pues no toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional. En concreto, este Tribunal ha afirmado, entre otras muchas, en la STC 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 que sea determinante de la decisión adoptada, constituyendo el soporte único o básico (*ratio decidendi*) de

la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error.»

(STC 245/2005, de 10 de octubre. Recurso de amparo 1973/2002. Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera. «BOE» de 15 de noviembre de 2005).

«En nuestra STC 161/2002, de 16 de septiembre, entre otras, se recoge la reiterada doctrina de este Tribunal sobre los requisitos que deben cumplirse para que pueda apreciarse que una resolución judicial incurre en un error lesivo del derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 CE. Tales requisitos son: “en primer lugar, debe tratarse de un error atribuible al órgano judicial, no a la negligencia de la parte, pues sólo en el caso de que el error sea imputable al órgano judicial existirá en sentido estricto una vulneración del derecho fundamental, tal y como presupone el artículo 44.1 LOTC; en segundo lugar, el error debe ser material o de hecho y patente, esto es, un error fáctico, y no de interpretación jurídica, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judicial es; en tercer lugar, el error debe ser determinante de la decisión adoptada, esto es, ha de constituir el soporte único o básico de la resolución (*ratio decidendi*), de modo que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo; y por último, la equivocación ha de producir efectos negativos en la esfera del ciudadano, de ahí que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carezcan de relevancia constitucional” (FJ 2).»

(STC 277/2005, de 7 de noviembre. Recurso de amparo 2498/2001. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 3 de diciembre de 2005).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Exigencia de reconocimiento de derechos e intereses legítimos por el legislador*

«El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE, evidentemente, se impone al legislador artículo 53.1 CE. Tal derecho va referido objetivamente a los derechos e intereses legítimos que operan, así como presupuesto del citado derecho: allí donde existan esos derechos e intereses legítimos necesariamente el legislador deberá abrir el cauce de la tutela judicial efectiva con los contenidos que desde nuestra primera formulación hemos venido atribuyendo a este derecho fundamental, es decir, acceso a la jurisdicción para, con las garantías del artículo 24 CE, obtener una resolución razonada y fundada en Derecho, coexigibilidad de su ejecución (SSTC 26/1983, de 13 de abril, FJ 2; 10/2000, de 17 de enero, FJ 2; 83/2001, de 26 de enero, FJ 4, y 3/2004, de 14 de enero, FJ 3), siendo de destacar que este derecho “no garantiza en ningún caso la estimación de las pretensiones deducidas” (STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 3).

El ordenamiento jurídico atribuye derechos subjetivos y de él derivan intereses legítimos. Una vez que éstos están reconocidos, si el legislador les negase el acceso a la tutela judicial efectiva se vulneraría el artículo 24 CE, pero ello es así sólo una vez que los ha reconocido el ordenamiento jurídico. Si el legislador no los recoge, si les niega la condición de derechos e intereses legítimos podrán vulnerarse otros preceptos constitucionales, pero no, desde luego, el artículo 24.1 CE. Naturalmente, la ley no tiene una ilimitada libertad para el reconocimiento de los mencionados derechos o intereses sustantivos, pero, en el contexto que se está tratando, no es del artículo 24.1 CE de donde proceden los límites aquí relevantes, sino de otros preceptos de la Constitución. En concreto, no existe un concepto constitucional de perjudicado ni de bene-

ficiario de la indemnización en la materia regulada por los preceptos cuestionados, es decir, ninguna exigencia constitucional impone que toda persona que sufra un daño moral por la muerte de alguien en accidente de circulación haya de ser indemnizada. Los preceptos legales que regulan esta materia han de respetar las exigencias de diversas normas constitucionales, entre ellas, como se ha visto, las del principio de igualdad (art. 14 CE), para atribuir a un sujeto esa condición. Pero del artículo 24.1 CE no se deduce que nadie deba recibir la consideración de perjudicado o de beneficiario de la indemnización, sino que lo que impone el derecho a la tutela judicial efectiva es que quien ostente dicha condición por atribución constitucional o legal sea tutelado en esa condición por los jueces.»

(STC 190/2005, de 7 de julio. Cuestión de inconstitucionalidad 4904/1998. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 9 de agosto de 2005).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia*

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que no concurre vicio alguno de incongruencia omisiva cuando un órgano judicial no se pronuncia sobre las pretensiones de fondo deducidas en un recurso por apreciar la existencia de óbices procesales. Como señala la STC 111/2000, de 5 de mayo, FJ 10, «no existe ni puede reconocerse vicio de incongruencia cuando la decisión del órgano judicial versa sobre puntos o materias, que incluso puede estar facultado para introducir de oficio, como ocurre con las materias relativas a los presupuestos procesales por su carácter de orden público, los cuales, siendo de enjuiciamiento preferente, determinan por su naturaleza o por la clase de conexión procesal que tengan con las cuestiones de fondo suscitadas que su estimación haga innecesario o improcedente pronunciarse sobre éstas (SSTC 77/1986, de 12 de junio, FJ 2; 4/1994, de 17 de enero, FJ 2; 74/1996, de 30 de abril, FJ 2, y 165/1996, de 28 de octubre, FJ 2). De forma que en modo alguno puede tildarse de incongruente la decisión judicial, como acontece en este caso, que velando por la concurrencia de los requisitos procesales legalmente previstos para la admisibilidad del recurso declara su inadmisión (o su desestimación, como sucede en el asunto ahora enjuiciado) como consecuencia del incumplimiento de los citados presupuestos procesales.»

(STC 243/2005, de 10 de octubre. Recurso de amparo 107/2002. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 15 de noviembre de 2005).

«Hay que recordar que este Tribunal ha señalado de forma reiterada que “el derecho a la tutela judicial efectiva no se satisface exclusivamente accediendo a la jurisdicción y obteniendo una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, sino que es necesario, además, que aquella resolución atienda sustancialmente al núcleo de las pretensiones formuladas por las partes, de suerte que ofrezca una respuesta judicial coherente con los términos del debate suscitado en el proceso (SSTC 20/1982, de 5 de mayo; 369/1993, de 13 de diciembre; 136/1998, de 29 de junio, y 96/1999, de 31 de mayo, entre otras muchas). Esta correspondencia o adecuación se quiebra en aquellos casos en que la Sentencia guarda absoluto silencio sobre elementos fundamentales de las pretensiones procesales ejercitadas, modalidad de incongruencia por omisión o *ex silentio* que puede ocasionar que la resolución judicial afectada por este vicio genere una no deseada denegación técnica de justicia causante de indefensión, en la medida en que no resuelve lo verdaderamente planteado en el proceso” (por todas, STC 34/2000, de 14 de febrero, FJ 2).

De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, existe incongruencia omisiva cuando “el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamentalmente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales” (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre, y 6/2003, de 20 de enero).

Por ello, hemos advertido igualmente que, para determinar si existe incongruencia omisiva en una resolución judicial, no basta genéricamente confrontar la parte dispositiva de la Sentencia con el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y *petitum*), a fin de comprobar si el órgano judicial dejó imprejuzgada alguna cuestión, sino que, además, “es preciso ponderar las circunstancias realmente concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del artículo 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva” (SSTC 5/2001, de 15 de enero, FJ 4, 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 6 y 193/2005, de 18 de julio, FJ 3). Pues la exigencia de congruencia “no comporta que el Juez haya de quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo” (STC 182/2000, de 10 de julio, FJ 3).

Finalmente, imputándose en la presente demanda de amparo el vicio de incongruencia a la Sentencia que resuelve el recurso de suplicación planteado contra la resolución de instancia, interesa recordar (por todas, SSTC 80/2001, de 26 de marzo, FJ 2, y 227/2002, de 9 de diciembre, FJ 2) que, por lo general, no concurre un problema de relevancia constitucional cuando los órganos judiciales se limitan a responder a las pretensiones que se le sometieron en el recurso sin proceder a una integración con aquellas otras que no reiteradas en ese grado sucesivo formaban parte, sin embargo, del objeto del proceso. Así ocurre singularmente en el recurso de suplicación, de carácter extraordinario (SSTC 18/1993, de 18 de enero, FJ 3; y 294/1993, de 18 de octubre, FJ 3), en el que los términos del debate vienen fijados por el escrito de interposición del recurrente y la impugnación que del mismo haga, en su caso, el recurrido (por todas, SSTC 5/1986, de 21 de enero, FJ 2; 49/1992, de 2 de abril, FFJJ 5 y 6; 231/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; 90/1993, de 15 de marzo, FJ 5; 124/1994, de 25 de abril, FJ 2, y 227/2002, de 9 de diciembre, FJ 2).»

(STC 250/2005, de 10 de octubre. Recurso de amparo 6297/2003. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 15 de noviembre de 2005).

«Como se recuerda en la STC 182/2000, de 10 de julio, FJ 3, “la incongruencia por exceso o *extra petitum* es un vicio procesal que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones en el proceso.

En tal aspecto constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al juzgador, en el proceso civil, donde ahora nos movemos, pronunciarse sobre aquellas peticiones que no fueron esgrimidas por las partes, a quienes se atribuye legalmente la calidad de verdaderos *domini litis* y conformar el objeto del debate o *thema decidendi* y el alcance del pronunciamiento judicial. Éste deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado a tales efectos por los sujetos del mismo (partes), por la súplica (*petitum*) y por los hechos o la realidad histórica que actúa como razón o causa de pedir (*causa petendi*).”

Más concretamente, desde la perspectiva constitucional este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que, para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes (STC 20/1982, de 5 de mayo), de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieron por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (SSTC 191/1995, de 18 de diciembre, FJ 3; 60/1996, de 4 de abril, FJ 5; 182/2000, de 10 de julio, FJ 3; 45/2003, de 3 de marzo, FJ 3; 218/2004, de 29 de noviembre, FJ 3, y 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3, entre otras muchas).»

(STC 262/2005, de 24 de octubre. Recurso de amparo 4154/2002. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 29 de noviembre de 2005).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación*

«En relación con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) desde la perspectiva de la motivación de las resoluciones judiciales, este Tribunal, en la STC 128/2002, de 3 de junio, FJ 4, resume la doctrina y recuerda que “la exigencia de motivación de las Sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117 CE, párrafos 1 y 3)”, 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” (en igual sentido, cfr. STC 164/2005, de 20 de junio, FJ 2).

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 236/2005, de 26 de septiembre. Recurso de amparo 5891/2002. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 28 de octubre de 2005. En el mismo sentido, STC 302/2005, de 21 de noviembre. Recurso de amparo 3724/2004. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 21 de diciembre de 2005).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Razonabilidad de la decisión*

«Como hemos señalado en otras ocasiones (por todas, STC 196/2002, de 28 de octubre, FJ 5), sobre las resoluciones judiciales que inciden en el contenido de un derecho fundamental sustantivo «pesa un deber de motivación reforzada, por comparación con el específicamente derivado del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 CE [entre otras, SSTC 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 7, y 68/2001, de 17 de marzo, FJ 6 a)]. Ese plus de motivación hace referencia a exigencias de orden cualitativo y no cuantitativo, al ser perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado artículo 24.1 CE, pues expresen las razones de hecho y de derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas (STC 14/2002, de 28 de enero, FJ 5). Por lo que a la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras se refiere, ésta depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su previsibilidad (SSTC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4, y 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 3), hallándose en todo caso vinculados los Jueces y Tribunales por los principios de legalidad y de seguridad jurídica, aquí en su vertiente subjetiva (según la expresión utilizada en la STC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11), que conlleva la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos “programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente” [STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; y, en el mismo sentido, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4, y 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4 a)]. Concretamente, la previsibilidad de tales decisiones debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4, y 87/2001, de 2 de abril, FJ 8)... Asimismo, ese juicio ponderativo ha de venir informado por el principio del *favor libertatis*, lo que conlleva que las limitaciones al ejercicio del derecho fundamental sean interpretadas y aplicadas de tal modo que no sean más intensas que las estrictamente necesarias para la preservación de ese otro bien jurídico constitucionalmente relevante con el que se enfrenta.»

(STC 251/2005, de 10 de octubre. Recurso de amparo 1733/2004. Ponente: D. Eugenio Gay Montalvo. «BOE» de 15 de noviembre de 2005).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Reformatio in peius*

«La doctrina constitucional incluye este principio en el régimen de garantías legales de los recursos, integrándolo en el derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de la indefensión. La *reformatio in peius*, como puntualiza la STC 28/2003, de 10 de febrero, en su FJ 3, “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”; de esta manera, para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, “el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de la otra parte, y con excepción del daño que derive de la aplicación de normas de orden público, cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes”. Esta Sentencia aborda la cuestión de los efectos de la *reformatio in peius* cuando en la apelación no ha intervenido parte acusadora y la agravación de la pena ha tenido lugar de oficio para corregir un error del Juez *a quo*, y (partiendo de la doctrina sentada en la STC 84/1985, de 8 de julio), afirma, en su fundamento jurídico 4, que “el principio acusatorio impide al Juez penal de segunda instancia modificar de oficio la Sentencia agravando la pena si sólo fue apelante el condenado y tanto la víctima del delito como el Fiscal se aquietaron”. Finalmente concluye en su fundamento jurídico 5 que: «Este efecto es el que, según la doctrina expuesta, tiene relevancia constitucional y debe prevalecer respecto incluso del de estricta sumisión del Juez a la Ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la Sentencia; lo cual agrega al principio de la no reforma peyorativa el nuevo matiz de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria. En efecto, lo que juega, con relevancia constitucional, es la agravación del resultado que tal decisión de oficio determina, aunque fuere absolutamente evidente su procedencia legal, de suerte que queda así constitucionalizado el principio de la no reforma peyorativa y fundado no sólo en el juego del principio acusatorio sino en el de la garantía procesal derivada de una Sentencia penal no impugnada de contrario (STC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5).»

(STC 249/2005, de 10 de octubre. Recurso de amparo 5299/2003. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 15 de noviembre de 2005).

### *Indefensión*

«Al recaer el pronunciamiento judicial sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, se ha impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción y, con ello, del derecho fundamental garantizado en el artículo 24.2 CE (por todas, STC 135/2002, de 3 de junio, FJ 3, citando las SSTC 154/1991, de 10 de julio, 172/1994, de 7 de junio, 116/1995, de 17 de julio, 60/1996, de 15 de abril, y 98/1996, de 10 de junio).»

(STC 192/2005, de 18 de julio. Recurso de amparo 2010/2000. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. BOE de 18 de agosto de 2005).

### *Principio acusatorio*

«Como tiene señalado este Tribunal en reiterada doctrina, entre las exigencias derivadas del principio acusatorio “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” (SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2, y 120/2005, de 10 de mayo, 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). Por otra parte, desde esta perspectiva del derecho a ser informado de la acusación, como instrumento del derecho de defensa, la doctrina de este Tribunal ha señalado que el contenido de dicha información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones, y no a momentos previos como el de las conclusiones provisionales (STC 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 15).

El condicionamiento fáctico queda, así, constituido por los hechos que han sido objeto de acusación, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva podrá utilizarse para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal. El órgano judicial no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación, ni realizar, consecuentemente, la subsunción de ellos. No obstante, este condicionamiento 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, por todas).»

(STC 224/2005, de 12 de septiembre. Recurso de amparo 4453/2003. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 14 de octubre de 2005).

«Recientemente en nuestra STC 123/2005, de 12 de mayo, dijimos que “[e]l fundamento de esta exigencia de congruencia entre acusación y fallo ha sido puesto

en relación directa, principalmente, con los derechos a la defensa y a estar informado de la acusación, con el razonamiento de que si se extralimitara el juzgador en el fallo, apreciando unos hechos o una calificación jurídica diferente a las pretendidas por las acusaciones, se privaría a la defensa de la necesaria contradicción (por todas, SSTC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3, ó 40/2004, de 22 de marzo, FJ 2). Sin embargo, este deber de congruencia también ha encontrado su fundamento en el derecho a un proceso con todas las garantías, en el sentido de que el enjuiciamiento penal se ha de desarrollar con respeto a la delimitación de funciones entre la parte acusadora y el órgano de enjuiciamiento (por todas, SSTC 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; o 35/2004, de 8 de marzo, FJ 7), puesto que, en última instancia, un pronunciamiento judicial más allá de la concreta pretensión punitiva de la acusación supone que el órgano judicial invada y asuma competencias reservadas constitucionalmente a las acusaciones, ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitar la pretensión punitiva, lo que llevaría a una pérdida de su posición de imparcialidad y a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías" (FJ 4). Desde cualquiera de las perspectivas constitucionales convergentes en la variación de los hechos entre la acusación y el fallo, la relevancia constitucional exige que no se trate de cualquier alteración, sino de una alteración esencial, y que no se trate de una alteración meramente formal, sino que se trate de una verdadera novedad en el debate que constituye el proceso: "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 quiera afirmar que se dio oportunidad plena de contradicción" ( STC 145/2005, de 6 de junio, FJ 3).»

(STC 247/2005, de 10 de octubre. Recurso de amparo 6336/2002. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 15 de noviembre de 2005).

## ARTÍCULO 24.2

### *Derecho a la asistencia letrada.*

«Reiteradamente ha declarado este Tribunal, como se recuerda en la STC 143/2001, de 18 de junio, FJ 3, "que el derecho a 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, significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses (SSTC 112/1987, de 2 de julio; 114/1988, de 10 de junio, y 237/1988, de 13 de diciembre), por sí mismos (autodefensa), o con la asistencia de Letrado, si optaren por esta posibilidad, o la misma fuere legalmente impuesta (STC 29/1995, de 6 de febrero)."

Y también hemos afirmado que "el hecho de que la intervención de Letrado no sea preceptiva en ese proceso determinado, con arreglo a las normas procesales, no

priva al justiciable del derecho a la defensa y asistencia letrada que le reconoce el artículo 24.2 CE, pues el carácter no preceptivo o necesario de la intervención del Abogado en ciertos procedimientos no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, pero permaneciendo, en consecuencia, el derecho de asistencia letrada incólume en tales casos, cuyo ejercicio queda a la disponibilidad de las partes, lo cual conlleva, en principio, el derecho del litigante que carece de recursos económicos para sufragar un Letrado de su elección, a que se le provea de Abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos, siendo procedente el nombramiento de Abogado de oficio cuando se solicite y resulte necesario (SSTC 47/1987, 216/1988, 188/1991, 208/1992 y 276/1993)" (SSTC 92/1996, de 27 de mayo, FJ 3, y 152/2000, de 12 de junio, FJ 3).

Ahora bien, siendo cierto lo anterior, no lo es menos –y este Tribunal también lo ha señalado así reiteradamente– que quien alegue indefensión como consecuencia de la vulneración del derecho a la asistencia letrada no ha de haber provocado dicha situación con su falta de diligencia, así como que dicha indefensión debe ser real y efectiva; de forma que la situación de indefensión generada por la falta de defensa técnica no resulte ser consecuencia directa del proceder de la parte y además la autodefensa del litigante debe haberse revelado como insuficiente y perjudicial para el mismo, impidiéndole articular una protección adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso. En suma, resulta preciso que "se haya producido un menoscabo real y efectivo de su derecho de defensa", en palabras de la citada STC 92/1996 (y de las anteriores SSTC 161/1985, de 29 de noviembre, 47/1987, de 22 de abril, 175/1994, de 7 de junio, y 51/1996, de 26 de marzo), como señalan las SSTC 22/2001, de 29 de enero, FJ 2, 222/2002, de 25 de noviembre, FJ 2, y 215/2003, de 1 de diciembre, FJ 3, entre otras. La aplicación de esta doctrina al presente caso conduce al rechazo de la queja del recurrente, pues la indefensión que alega, a causa de la falta de defensa técnica, es imputable a su propia conducta procesal, como se desprende del examen de lo actuado.»

(STC 262/2005, de 24 de octubre. Recurso de amparo 4154/2002. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 29 de noviembre de 2005).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a la doble instancia en materia penal*

«Hemos dicho que "ninguna vulneración comporta *per se* la declaración de un pronunciamiento condenatorio en segunda instancia, sin que por ello resulte constitucionalmente necesaria la previsión de una nueva instancia de revisión en una condena que podría no tener fin" (STC 120/1999, de 28 de junio, FJ 4). "La inicial apariencia en sentido contrario se revela como un espejismo, tan pronto se repara en que, como este Tribunal observó en su STC 51/1985, FJ 3, hay determinados supuestos en que la garantía que ofrece el sometimiento del fallo condenatorio sin necesidad de que exista, como tal, un recurso autónomo. Así, en la mencionada Sentencia se estimó que no había vulneración del derecho a la revisión de la condena cuando ésta era pronunciada en única instancia por el Tribunal Supremo. Conclusión que hoy se encuentra reforzada por lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo núm. 7 al Convenio europeo de derechos humanos (de 22 de noviembre de 1984, firmado por España el 19 de marzo de 1985, pero que aún no ha sido ratificado): dicho precepto recoge el derecho plasmado en el artículo 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, cuyo influjo ha sido decisivo en esta materia (STC 42/1982). Pero el Proto-

colo no deja de introducir ciertas matizaciones. Una es que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por un Tribunal superior. Y otra, que ofrece identidad de razón con la anterior y con la doctrina sentada en la Sentencia constitucional mencionada, es que el interesado “haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución” (STC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 11; en igual sentido, AATC 154/1992, de 25 de mayo, FJ 2; 318/1995, de 22 de noviembre, FJ 2; 306/1999, de 13 de diciembre, FJ 5; 123/2004, de 19 de abril, FJ 7).

[...]

La ausencia de un instrumento de revisión de la Sentencia condenatoria en apelación no supone la ausencia de una garantía procesal de rango constitucional. No forma parte esencial de la que incorpora el artículo 14.5 PIDCP como instrumento de interpretación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la constituida por la existencia en todo caso tras una condena penal de la posibilidad de un pronunciamiento posterior de un Tribunal superior, pronunciamiento que podría ser el tercero en caso de que la resolución inicial fuera absolutoria o incluso en caso de que la de revisión aumentase la pena inicialmente impuesta. Lo que en este contexto exige el contenido de la garantía, que se ordena tanto al ejercicio de la defensa como a la ausencia de error en la decisión judicial, es que en el enjuiciamiento de los asuntos penales se disponga de dos instancias. Desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión elegida en aquel caso por el recurrente, el ATC 318/1995, de 22 de noviembre, dejó dicho que “desde un punto de vista teleológico, lo que subyace en el contexto finalístico del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, es la interdicción de la indefensión, y dicha indefensión, desde un enjuiciamiento general, no se produce cuando, como en el caso de autos, las pretensiones del actor han sido examinadas y resueltas conforme a Derecho por dos órganos judiciales distintos, tras lo cual, difícilmente podrá hablarse de un fallo irreflexivo o sorpresivo, por lo que no existe razón para que la condena en segunda instancia tenga que abrir un nuevo ciclo de justicia ordinaria” (FJ 2).

Esta doctrina jurisprudencial es coherente con la previsión del artículo 2 del Protocolo núm. 7 al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado aunque no ratificado por España, que considera conforme con el derecho al recurso en materia penal que no se prevea el acceso a la revisión por un Tribunal superior para quienes hayan sido declarados culpables y condenados a resultas de un recurso contra su absolución. Tal compatibilidad –y las demás que incluye el apartado 2– no debe entenderse en rigor como una excepción al derecho de acceso al recurso en materia penal que proclama el apartado 1 –y el artículo 14.5 PIDCP–, sino como una delimitación de su contenido esencial. En este contexto resulta procedente reseñar que no es misión de este Tribunal proponer una regulación constitucionalmente óptima de los recursos en el procedimiento penal ni valorar la vigente en términos de mayor o menor adecuación a los valores constitucionales, sino simplemente determinar si el recurso invocado por los recurrentes constituye una garantía exigida por el artículo 24.2 de la Constitución. Para la mejor comprensión de nuestra respuesta negativa a esta cuestión y de nuestra doctrina jurisprudencial al respecto es de señalar también que los instrumentos procesales que abundan en las garantías de defensa de las partes y en las de acierto judicial, como es la previsión de nuevos recursos frente a decisiones previas, pueden colisionar con otros intereses de rango constitucional, como son la seguridad jurídica y la celeridad en la Administración de la justicia, y pueden también perder parte de su virtualidad tutelar, al separar excesivamente en el tiempo el juicio y el hecho enjuiciado. Tampoco es ocioso recordar en este contexto que ni la Corte Penal Internacional (arts. 81 y ss. del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de

julio de 1998), ni los Tribunales internacionales para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia [art. 25 de su Estatuto, aprobado por Resolución 827(1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas] y para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda [art. 25 de su Estatuto, aprobado por Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas] prevén en los procedimientos penales en los que son competentes un recurso ordinario añadido al de apelación, tampoco para los supuestos en los que la condena se impone en dicha sede tras una primera sentencia absolutoria.

La conclusión expuesta, expresión de una doctrina jurisprudencial anterior, no converge con la expresada por el Comité de Derechos Humanos en su comunicación 1095/2002 en interpretación del artículo 14.5 PIDCP y para la resolución del concreto caso que se le suscitaba. A tenor de la misma este artículo 14 no sólo garantiza que la Sentencia sea sometida a un Tribunal superior, sino también que la condena sea sometida a una segunda instancia de revisión: la circunstancia de que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el Tribunal de segunda instancia, en ausencia de una reserva por el Estado parte, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior (punto 7.1). El alto respeto que las comunicaciones de dicho Comité inspiran a este Tribunal no comporta que hayamos de asumir las interpretaciones que efectúan del Pacto internacional de derechos civiles y políticos como definitorias del contenido de los derechos fundamentales. Al respecto resulta pertinente recordar tanto que, en virtud de los artículos 41 y 42 del Pacto y 5.4 del Protocolo facultativo de 16 de diciembre de 1966, las comunicaciones individuales sólo se refieren a la existencia de una violación del Pacto en el caso concreto, como que “las ‘observaciones’ que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los artículos 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia” (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7).»

(STC 296/2005, de 21 de noviembre. Recursos de amparo 5216/2002 y 5222/2002, acumulados. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 21 de diciembre de 2005).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial*

«Procede recordar al respecto que la imparcialidad del Tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2), constituyendo incluso “la primera de ellas” (SSTC 60/1995, de 16 de marzo, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5): “Ser tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio, son notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional desempeñada por Jueces y Magistrados” (STC 162/1999, FJ 5), de modo que “[s]in juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional” (STC 151/2000, de 12 de junio, FJ 3). Junto a la dimensión más evidente de la imparcialidad judicial, que es la que se refiere a la ausencia de una relación del Juez con las partes que pueda suscitar un interés previo en favorecerlas o perjudicarlas, convive su vertiente objetiva, que es la ahora discutida, que se “dirige a asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso”

(SSTC 157/1993, de 6 de mayo, FJ 2; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4). Causas significativas de tal posible inclinación previa objetiva son la realización de actos de instrucción, que pueden suponer un contacto con el litigio sin las necesarias garantías para su correcto enjuiciamiento; la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad; o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso (SSTC 157/1993, de 6 de mayo, FJ 3; 299/1994, de 14 de noviembre, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 151/2000, de 12 de junio, FJ 3; STEDH de 23 de mayo de 1991, caso Oberschlick, §§ 48 a 52) o, más en general, el pronunciamiento sobre los hechos debatidos en un pleito anterior (SSTC 138/1994, de 9 de mayo, FJ 7; 47/1998, de 2 de marzo, F. 4; y STEDH de 7 de agosto de 1996, caso Ferrantelli y Santangelo, y de 26 de agosto de 1997, caso De Haan). Debemos subrayar en cualquier caso que ni esta relación de causas de parcialidad objetiva tiene el carácter de cerrada ni la concurrencia de tales supuestos comporta necesariamente tal tacha, cuestión que habrá de analizarse en cada caso a la luz de sus concretas características (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5) y bajo los presupuestos de que “la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas”, por una parte, y de que, por razones obvias de estricta y peculiar vinculación del Juez a la Ley, tal imparcialidad es especialmente exigible en el ámbito penal (STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5), por otra.

A la luz de la doctrina jurisprudencial que acabamos de sintetizar hemos de rechazar la queja expuesta de parcialidad objetiva. Y hemos de hacerlo desde un plano predominantemente formal, porque ni se trata de que el Magistrado ahora cuestionado haya intervenido en una instancia anterior del mismo procedimiento, ni de que su decisión previa tuviera el mismo objeto que la ahora recurrida. Respecto a la primera observación debe subrayarse, con el ATC 112/1991, de 11 de abril, dictado en un asunto similar en este concreto punto, que “es obvio que el llamado recurso extraordinario de revisión, por su naturaleza y objeto, no es una nueva instancia del mismo proceso, sino que constituye un procedimiento distinto e independiente cuyo objeto está exclusivamente circunscrito al examen de unos motivos que, por definición, son extrínsecos al pronunciamiento judicial que se trata de revisar... Es oportuno recordar en este sentido la reiterada doctrina de este Tribunal (SSTC 50/1982, 158/1987 y 56/1990, entre otras) según la cual la revisión de una Sentencia firme no puede calificarse en rigor como un recurso, esto es, como una nueva instancia añadida al proceso, sino como un instrumento excepcional de rescisión de Sentencias firmes” (FJ 2). Conviene precisar, en segundo lugar, que sólo la identidad del objeto del proceso previo constituye un síntoma contundente de parcialidad objetiva y que así lo hemos afirmado en diversas ocasiones. No hay parcialidad si son “distintas las cuestiones planteadas” y no hay por ello “un contacto previo con el *thema decidendi*” (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 6): “la imparcialidad objetiva despliega su eficacia sobre el específico objeto del proceso, sin que pueda extenderse al resultado del contraste entre dicho objeto y el de cualesquiera otros procesos de los que haya podido conocer el juzgador” (SSTC 138/1994, de 9 de mayo, FJ 8; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4).

[...]

Lo expresado converge con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que entiende que de la obligación de ser imparcial no se deduce una regla general que imponga a un Tribunal superior que anule una resolución administrativa o judicial que remita el caso a una autoridad jurisdiccional diferente o a una Sala de dicha autoridad compuesta de distinta forma (STEDH de 16 de julio de 1971, caso *Ringeisen c. Austria*, § 97), y que recientemente recordaba que “el solo hecho de que

el mismo Juez ya haya decidido las peticiones del recurrente en otros procedimientos no justifica objetivamente temor alguno de falta de imparcialidad de aquél" (STEDH de 3 de febrero de 2005, caso *Fehr c. Austria*, § 30).»

(STC 240/2005, de 10 de octubre. Recurso de amparo 5430/2000. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 15 de noviembre de 2005.)

*Derecho a un proceso con todas las garantías. Principios de oralidad, inmediación y contradicción*

«Por lo que se refiere a la infracción de los principios de oralidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, debe recordarse que lo que, en esencia, exige dicho derecho fundamental es que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el cual se respete la posibilidad de contradicción [por todas, SSTC 175/1985, de 17 de diciembre, FJ 4 c); 57/1986, de 14 de mayo, FJ 3; 145/1987, de 23 de septiembre, FJ 2; 22/1988, de 18 de febrero, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 2 a); 154/1990, de 15 de octubre, FJ 2; 138/1992, de 13 de octubre, FJ 1, y 27/2005, de 14 de febrero, FJ 1].»

(STC 233/2005, de 26 de septiembre de 2005. Recurso de amparo 573/2001. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 28 de octubre de 2005.)

*Derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal. Condena en apelación con vista pública sin practicar pruebas*

«El Pleno de este Tribunal en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9, 10 y 11), afirmó la necesidad de respetar las garantías de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal, adaptando la interpretación constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías a las exigencias del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas (en adelante, CEDH), en la interpretación que de él viene haciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 26 de marzo de 1988, caso *Ekbatani contra Suecia*; de 8 de febrero de 2000, caso *Cooke contra Austria* y caso *Stefanello contra San Marino*; de 27 de junio de 2000, caso *Contantinescu contra Rumania*; y de 25 de julio de 2000, caso *Tierce y otros contra San Marino*).

En particular, señalamos en aquella sentencia que el artículo 6.1 CEDH recoge el derecho que asiste al acusado a estar presente en el juicio y a ser oído personalmente y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene afirmando que, pese a no resultar imprescindible en todo caso la celebración de vista en segunda instancia, ya que dicha exigencia depende de la naturaleza de las cuestiones a juzgar y las circunstancias del caso, cuando el órgano de apelación tiene que pronunciarse globalmente sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, la apelación no puede resolverse sin un examen directo y personal del acusado que niega haber cometido el hecho.

En Sentencias posteriores, en las que hemos apreciado la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) se ha insistido en que la revocación en segunda instancia de una sentencia penal absolutoria y su sustitución por otra condenatoria, tras realizar una nueva valoración y ponderación de los testimonios de acusados y testigos en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos pro-

bados y la condena, requiere que esa 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 68/2003, de 9 de abril, FJ 3; 118/2003, de 16 de junio, FJ 4; 189/2003, de 16 de junio, FJ 4; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 10/2004, de 9 de febrero, FJ 5; 59/2005, de 14 de marzo, FJ 3, y 65/2005, de 14 de marzo, FJ 2).»

(STC 229/2005, de 12 de septiembre. Recurso de amparo 1070/2004. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 14 de octubre de 2005. En el mismo sentido, STC 199/2005, de 18 de julio. Recurso de amparo 1179/2002. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 18 de agosto de 2005. STC 208/2005, de 18 de julio. Recurso de amparo 5796/2003. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 18 de agosto de 2005. STC 267/2005, de 24 de octubre. Recurso de amparo 1684/2003. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» de 29 de noviembre de 2005. STC 271/2005, de 24 de octubre. Recurso de amparo 1295/2004. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 29 de noviembre de 2005. Y STC 272/2005, de 24 de octubre. Recurso de amparo 2227/2004. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 29 de noviembre de 2005).

### *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*

«En primer lugar, porque, como venimos señalando, no es invocable el citado derecho en relación a las dilaciones que se hayan producido en los procedimientos administrativos, como es el caso del procedimiento seguido por la Inspección de los Tributos, antes de que se remitiera el expediente a la jurisdicción penal, sino únicamente en función de las dilaciones apreciables en la tramitación y resolución de los procedimientos judiciales (STC 26/1994, de 27 de febrero, FJ 3; y ATC 328/1986, de 16 de abril, FJ 2).

En segundo lugar, porque, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, es requisito indispensable para que pueda estimarse vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que el recurrente las haya invocado en el procedimiento judicial previo mediante el requerimiento expreso al órgano judicial supuestamente causante de tales dilaciones para que cese en las mismas, exigencia que no consta que se haya cumplido en el caso. Como venimos señalando 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 la parte con el órgano judicial en el desarrollo del proceso), este último no haya 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 (por todas, SSTC 177/2004, de 18 de octubre, FJ 2; 220/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 12, y 153/2005, de 6 de junio, FJ 2).

En tercer lugar, porque, como también venimos señalando, la denuncia del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ha de ser rechazada cuando, como sucede en este caso, ha concluido el proceso en la vía judicial, pues la apreciación por nuestra parte de la existencia de las pretendidas dilaciones no podría conducirnos a adoptar

medida alguna para hacerlas cesar, al no ser posible la *restitutio in integrum* del derecho fundamental, puesto que, al haber fenecido ya el proceso, el restablecimiento solicitado por el recurrente en la integridad de su derecho sólo podría producirse a través de la vía indemnizatoria (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 13; 73/2004, de 22 de abril, FJ 2; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 12, y 167/2005, de 20 de junio, FJ 3). En consecuencia, las demandas de amparo por dilaciones indebidas formuladas una vez que el proceso ya ha finalizado carecen de virtualidad y han venido siendo rechazadas por este Tribunal por falta de objeto (SSTC 146/2000, de 29 de mayo; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 3; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 13, y 63/2005, de 14 de marzo, FJ 12).»

(STC 233/2005, de 26 de septiembre de 2005. Recurso de amparo 573/2001. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 28 de octubre de 2005. En el mismo sentido, STC 263/2005, de 24 de octubre. Recurso de amparo 5134/2002. Ponente: D.ª M.ª Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 29 de noviembre de 2005.)

### *Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*

«El examen del motivo de amparo requiere traer a colación la ya consolidada doctrina constitucional sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa que resume la STC 165/2004, de 4 de octubre, FJ 3, y que, a su vez, son reproducidos por la reciente STC 3/2005, de 17 de enero, FJ 5. Entre los rasgos caracterizadores de este derecho fundamental y de su protección constitucional son esenciales, en lo que aquí interesa, los siguientes:

*a)* Este derecho es un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que, para entenderlo lesionado, será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de las normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda.

*b)* Este derecho no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado en otros términos, no facilita para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas, debiendo motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho en caso de denegación o inejecución imputables al órgano judicial cuando se inadmiten o inejecutan pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por supuesto, una vez admitidas y practicadas las pruebas declaradas pertinentes, a los órganos judiciales les compete también su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado, fallando en consecuencia, sin que este Tribunal pueda entrar a valorar las pruebas, sustituyendo a los Jueces y Tribunales en la función exclusiva que les atribuye el artículo 117.1 CE.

*c)* Es también doctrina reiterada de este Tribunal la de que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su

valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante. Y es que, en efecto, el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, puesto que, de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental.

En concreto, para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurran dos circunstancias: *a)* la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial; y *b)* la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida. Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta, según nuestra jurisprudencia, también en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso –comprobado que el fallo del proceso *a quo* pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado– podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional.”»

(STC 244/2005, de 10 octubre. Recurso de amparo 905/2002. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. «BOE» de 15 de noviembre de 2005.)

«Debemos comenzar recordando nuestra consolidada doctrina constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes reconocido en el artículo 24.2 CE (recogida, entre otras, en nuestras SSTC 168/2002, de 30 de septiembre, FJ 3; 133/2003, de 30 de junio, FJ 3; 165/2004, de 4 de octubre; FJ 3, o 129/2005, de 23 de mayo, FJ 4). Según la citada doctrina, el artículo 24.2 CE no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*. Es preciso, además, que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el Ordenamiento. A los Jueces y Tribunales corresponde el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, de modo que a este Tribunal Constitucional tan sólo le corresponde el control de las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o con una explicación carente de razón, o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable, o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial.

Es necesario, por lo demás –como ya hemos recordado con anterioridad–, que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea decisiva en términos de defensa, lo que exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los demandantes de amparo. La anterior exigencia se proyecta en un

doble plano: de una parte, el demandante ha de razonar en esta vía de amparo la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; de otra, deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso *a quo* podía haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido y practicado, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo.»

(STC 263/2005, de 24 de octubre. Recurso de amparo 5134/2002. Ponente: D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 29 de noviembre de 2005. En el mismo sentido, STC 299/2005, de 21 de noviembre. Recurso de amparo 2569/2003. Ponente: D. Eugen Gay Montalvo. «BOE» de 21 de diciembre de 2005.)

### *Presunción de inocencia*

«Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, con independencia del tipo de delito de que se trate, en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum*, sea con una presunción *iuris et de iure*. La primera modalidad de presunción *iuris tantum* no es admisible constitucionalmente porque “produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con el artículo 24.2 CE”. Y la segunda modalidad, la presunción *iuris et de iure*, “tampoco es lícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, puesto que prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos, por un lado, de descargar de la prueba a quien acusa y, por otro, de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende, si es que opta por la posibilidad de probar su inocencia, efectos ambos que vulneran el derecho fundamental a la presunción de inocencia” (SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; y 87/2001, de 2 de abril, FJ 9).

Ahora bien, como es lógico, lo anterior no obsta a la legitimidad constitucional de la prueba de indicios, puesto que ésta versa sobre los hechos y no directamente sobre los elementos constitutivos del delito, siempre que reúna los requisitos y condiciones que hemos exigido reiteradas veces y que, a los efectos que aquí y ahora interesan, pueden resumirse en dos: que parte de hechos plenamente probados y 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 (entre las últimas, SSTC 43/2003, de 3 de marzo, FJ 4; 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 61/2005, de 14 de marzo, FJ 2, y 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2).

Por otro lado, hemos de recordar también que la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos. En efecto, como venimos señalando, “el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho” (SSTC 51/1985, de 10 de abril, FJ 9, y 87/2001, de 2 de abril, FJ 9), “pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba” [STC 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 2 b); 120/1998, de 15 de junio, FJ 6, y 87/2001, de 2 de abril, FJ 9] y dar lugar a su calificación jurídica (STC 273/1993, de 27 de septiembre, FJ 3, y 273/1993, de 27 de septiembre, FJ 3). No obstante, en la medida en que la actividad probatoria que requiere el artículo 24.2 CE ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos “los elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean

determinantes de la culpabilidad" (SSTC 127/1990, de 5 de julio, FJ 4; 93/1994, de 21 de marzo, FJ 2; y 87/2001, de 2 de abril, FJ 9; en la misma línea, SSTC 137/2002, de 3 de junio, FJ 5, y 147/2002, de 15 de julio, FJ 5). Sentado lo anterior, debemos seguidamente advertir, tal y como hicimos en la STC 87/2001, de 2 de abril, que "el objeto de prueba en este caso no es si y en qué medida los incrementos patrimoniales son constitutivos de renta y están, por tanto, sujetos a contribución por el impuesto de la renta de las personas físicas, pues éste es un dato normativo, un elemento del Derecho aplicable que, en virtud del principio *iura novit curia*, no requiere prueba y es ajeno al ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la presunción de inocencia". El objeto de la prueba se proyecta, entonces, sobre dos elementos: de un lado, "la existencia misma de incrementos patrimoniales", y, de otro lado, "su carácter fiscalmente no justificado". Por tanto, "tan sólo tenemos que verificar si el Tribunal dio por probada la existencia de los incrementos patrimoniales conforme a algún tipo de presunción legal, o si sobre ellos o su carácter no justificado se operó invirtiendo la carga de la prueba y obligando a la defensa a la prueba de su inocencia. Afirmar que los incrementos patrimoniales no justificados sólo constituyen renta si se aplica una presunción legal es irrelevante para el examen de la presunción de inocencia, pues esta cuestión suscita, en todo caso, una opción interpretativa de la normativa tributaria que afecta a la calificación jurídica, a los elementos de derecho, pero no a la apreciación de los hechos" (FJ 10).»

(STC 233/2005, de 26 de septiembre de 2005. Recurso de amparo 573/2001. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 28 de octubre de 2005.)

### *Presunción de inocencia. Eficacia de las pruebas sumariales dadas por reproducidas en el acto del juicio oral*

«Es de señalar que la reiterada doctrina de este Tribunal viene poniendo de relieve que, como regla general, sólo pueden considerarse verdaderas pruebas aptas para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y fundar la declaración de culpabilidad las practicadas en el acto del juicio que se desarrolla ante el Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de modo oral, contradictorio y con inmediación, de suerte que la convicción del juzgador sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 161/1990, de 19 de octubre, FJ 2; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 2/2002, de 14 de enero, FJ 6, y 12/2002, de 28 de enero, FJ 4).

Esta doctrina general se complementa con el reconocimiento de excepciones, en las que se considera que es acorde a la Constitución integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias practicadas en la instrucción de la causa si éstas se someten a determinadas exigencias. En particular, la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado en materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, LECrim, o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador (entre otras, SSTC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1; 40/1997,

de 27 de febrero, FJ 2; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 2/2002, de 14 de enero, FJ 7; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10; 80/2003, de 28 de abril, FJ 5, y 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3).

[...]

Esta práctica de dar “por reproducidas” las declaraciones de la instrucción no resulta constitucionalmente válida: “es doctrina reiterada de este Tribunal la de que la lectura de las declaraciones, que no es prueba documental, sino –lo que es distinto– documentada o con “reflejo documental” (STC 303/1993), “debe hacerse no como una simple fórmula retórica y de estilo, sino en condiciones que permitan a las partes someterlas a contradicción, evitando formalismos de frecuente uso forense” (SSTC 22/1988, 10/1992 y 137/1988); y la de que no basta con que se dé por reproducida en el juicio oral (SSTC 31/1981; 145/1985, 80/1991; 51/1995”; 152/1997, de 29 de septiembre, FJ 5, y 49/1998, de 2 de marzo, FJ 4).

Y ello es así, aunque la defensa haya dado su conformidad a esa práctica: en las SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5, y 49/1998, de 2 de marzo, FJ 4, recordábamos que respecto de aquellas declaraciones “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta que la lectura puede tener valor probatorio si se garantizan los derechos de la defensa, especialmente la contradicción (S. de 24 de noviembre de 1986, asunto *Unterpertinger*, A. 110, p. 15, § 31), pero repreuba el empleo de la fórmula ‘por reproducida’, por cuanto, aun habiendo sido admitida ésta por la defensa del recurrente, ello no significa la renuncia a contradecir los elementos del sumario, en la medida en que la acusación se apoye sobre tales elementos y, en particular, sobre la declaración de un testigo (S. de 6 de diciembre de 1988, asunto *Barberá, Messequé y Jabardo*, A. 146, p. 35, § 82)”. En la misma línea, “dar por reproducidas” las declaraciones, ni siquiera cuando, como ha sido el caso, la defensa, mostrara su “aquietoscencia”, de suerte que no basta con la utilización de aquella fórmula de estilo –“dar por reproducidas”– “ni aun con el asentimiento del acusado, porque no hay que olvidar que tanto por el principio acusatorio de nuestro sistema procesal penal como por imperativo constitucional es al acusador, público o privado, a quien corresponde aportar las pruebas de cargo o incriminatorias, es decir, no es el acusado quien tiene que acreditar su inocencia, sino la acusación su culpabilidad (STC 161/1990 por todas)” (ATC 205/2001, de 11 de julio, FJ 2). A todo ello ha de añadirse que el empleo de la indicada fórmula priva de publicidad al contenido de las declaraciones, eliminando además el inmediato conocimiento de éstas por parte del acusado, que ha de conocer todos los elementos probatorios que pueden conducir a su condena.”

(STC 280/2005, de 7 de noviembre. Recurso de amparo 55/2002. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 13 de diciembre de 2005.)

### *Presunción de inocencia. Prueba indiciaria*

«Debemos recordar, con la STC 146/2003, de 14 de julio, FJ 6, la doctrina de este Tribunal sobre el testimonio de referencia. Al respecto hemos sostenido que ciertamente el testimonio de referencia puede sustituir uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria, si bien se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia, por lo que ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal (SSTC 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 10; 155/2002, de 22 de julio, FJ 17, y 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 4). Y los

supuestos en los que hemos declarado la existencia de esta imposibilidad real y efectiva han sido aquellos en los que el testigo se encuentra en ignorado paradero, es decir, los casos en los que es imposible citar al testigo directo (STC 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3), aunque también hemos incorporado los casos en los que la citación del testigo resultaba extraordinariamente dificultosa (STC 209/2001, de 22 de octubre, FJ 5).

[...]

A este respecto, este Tribunal ha venido exigiendo desde la ya citada STC 174/1985, de 17 de diciembre, que la “prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades” (FJ 6), sin que, no obstante, ello signifique *per se* la exclusión de la prueba indirecta como cauce probatorio de esos hechos-base, máxime teniendo en cuenta que, como hemos afirmado en la misma Sentencia acabada de citar, en nuestro Ordenamiento no puede sostenerse la prevalencia general de las pruebas directas sobre la indiciaria, ni que los órganos judiciales sólo puedan valorar la prueba de indicios con carácter subsidiario a las pruebas directas, en cuanto que el sistema de valoración en conciencia de las pruebas que instaura el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) excluye que el poder de convicción de las diferentes pruebas esté predeterminado o jerarquizado según un sistema de prueba legal o tasada (SSTC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 7; 94/1990, de 23 de mayo, FJ 2; AATC 228/2000, de 2 de octubre, FJ 3, y 427/2004, de 22 de noviembre, FJ 5). Expresado en otros términos: si la prueba indiciaria permite desvirtuar la presunción de inocencia en tanto de la misma pueden considerarse plenamente acreditados unos hechos, entonces nada obsta a que opere como medio de prueba para la acreditación de hechos indiciarios. Es debido a este presupuesto por lo que sobre esta cuestión hemos manifestado recientemente en la STC 186/2005, de 4 de julio, que “no cabe excluir *a limine* la posibilidad de que los indicios vengan a su vez acreditados por prueba indirecta, sino que ello habrá de depender de las circunstancias del caso concreto, atendiendo en particular a la solidez que quepa atribuir a la constancia probatoria de esos indicios. Ello no obstante, no puede ocultársenos que la ausencia de prueba directa, unida a la sucesiva concatenación de inferencias indiciarias, vendrá a arrojar mayores dudas acerca del carácter abierto o débil de la inferencia final, y a suscitar, en consecuencia, mayores interrogantes en relación con el respeto a las exigencias derivadas de la presunción de inocencia” (FJ 6).»

(STC 263/2005, de 24 de octubre. Recurso de amparo 5134/2002. Ponente: D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 29 de noviembre de 2005.)

«El examen de la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) requiere traer a colación, aun sucintamente, la reiterada doctrina de este Tribunal, reproducida más recientemente en las SSTC 137/2005, de 23 de mayo (FJ 2), y 186/2005, de 4 de julio (FJ 3), sobre el mencionado derecho fundamental 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 en las del amparo al 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” (STC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2).

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 condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (FJ 2), “en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes” (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4, y 124/2001, de 4 de junio, FJ 12, por todas).

El control constitucional de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el 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 llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando 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. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento “cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada” (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 24).»

(STC 300/2005, de 21 de noviembre. Recurso de amparo 5402/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 21 de diciembre de 2005. En el mismo sentido, STC 263/2005, de 24 de octubre. Recurso de amparo 5134/2002. Ponente: D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 29 de noviembre de 2005. Y STC 296/2005, de 21 de noviembre. Recursos de amparo 5216/2002 y 5222/2002, acumulados. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 21 de diciembre de 2005.)

### *Presunción de inocencia. Pruebas inválidas o ineficaces*

«El FJ 9 de la STC 299/2000, de 11 de diciembre, con cita a su vez de la STC 81/1998, de 2 de abril, el Tribunal Constitucional declaró que “al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales puede resultar lesionado no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia”, advirtiendo, sin embargo, a continuación que tal cosa sucederá sólo si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas, pues si existen otras pruebas de cargo válidas e independientes de dicha vulneración, la presunción de inocencia podría no resultar, finalmente, infringida (FJ 3; doctrina que reitera la STC 49/1999, FJ 14).

[...]

Para que las pruebas derivadas puedan quedar afectadas por la prohibición constitucional de valoración de pruebas ilícitas es preciso que la ilegitimidad de las pruebas originales se transmita a las derivadas (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4; 121/1998, de 15 de junio, FJ 6, y 8/2000, de 17 de enero, FJ 2). De manera que es posible que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural, o si, en segundo lugar, no se da la que hemos denominado “conexión de antijuridicidad” (SSTC 81/1998, 121/1998, 151/1998, 49/1999, 171/1999 y 299/2000 (STC 138/2001, de 18 de junio, FJ 8).»

(STC 205/2005, de 18 de julio. Recurso de amparo 1356/2003. Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera. «BOE» de 18 de agosto de 2005. En el mismo sentido, STC 261/2005, de 24 de octubre. Recurso de amparo 3134/2002. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 29 de noviembre de 2005.)

### *Presunción de inocencia. Valor probatorio de las declaraciones de coimputado*

«Este Tribunal ha venido afirmando que “si bien la valoración de tales declaraciones es legítima desde la perspectiva constitucional, dado su carácter testimonial, carecen, sin embargo, de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas”, habida cuenta de que “la declaración de un coimputado es una prueba ‘sospechosa’ cuando se trata de la única prueba de cargo, en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, reconocidos en el artículo 24.2 CE, que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa” (STC 165/2005, de 20 de junio, FJ 14). Es decir, se exige la corroboración con otras pruebas de las declaraciones realizadas en calidad de imputado. Dicha exigencia de corroboración a la que se condiciona la conformidad constitucional de la condena se concreta, como sintetiza la STC 165/2005, de 20 de junio, en dos ideas: “por una parte, que no ha de ser necesariamente plena –pues para llegar

a tal conclusión este Tribunal tendría que efectuar una valoración global de la prueba practicada ante los órganos jurisdiccionales, realizando una actividad que le está vedada–, sino que basta con que al menos sea mínima; y, por otra, que no cabe establecer su alcance en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso. A lo que hemos añadido que la corroboración mínima resulta exigible, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados, 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. Igualmente hemos destacado, en fin, 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” (FJ 14, con cita de anteriores Sentencias en el mismo sentido).»

(STC 286/2005, de 7 de noviembre. Recurso de amparo 4803/2003. Ponente: D. Eugenio Gay Montalvo. «BOE» de 13 de diciembre de 2005.)

## ARTÍCULO 25.1

### *Derecho a la legalidad penal. Sanción administrativa que infringe el principio de tipicidad*

«Es doctrina de este Tribunal (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 161/2003, de 15 de septiembre, FJ 2, o 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4) que el derecho fundamental enunciado en el artículo 25.1 CE extiende la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege* al ámbito del ordenamiento administrativo sancionador, y comprende una doble garantía. La primera, de alcance material y absoluto, se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la otra, de alcance formal, hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de dichas conductas y sanciones, toda vez que este Tribunal ha señalado reiteradamente que el término “legislación vigente” contenido en dicho artículo 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora. En el bien entendido que este Tribunal ha venido reconociendo una eficacia relativa o limitada a esta segunda garantía, en el sentido de permitir un mayor margen de actuación al poder reglamentario en la tipificación de ilícitos y sanciones administrativas, por razones que atañen en lo esencial al modelo constitucional de distribución de potestades públicas y al carácter, en cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en ciertas materias.

En relación con la primera de las garantías indicadas, que es en torno a la que gira el presente proceso constitucional de amparo, hemos señalado específicamente que contiene un doble mandato:

a) El primero, que es el de taxatividad, dirigido al legislador y al poder reglamentario, y “según el cual han de configurarse las leyes sancionadoras, llevando a

cabo el “máximo esfuerzo posible” (STC 62/1982) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones” (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3). En este contexto, hemos precisado que “constituye doctrina consolidada de este Tribunal la de que el principio de legalidad en materia sancionadora no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el artículo 25.1 CE se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, de tal forma que permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada” (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3).

*b)* Contiene también un mandato para los aplicadores del Derecho. En efecto, la garantía de predeterminación normativa de los ilícitos y de las sanciones correspondientes tiene, según hemos dicho en las SSTC 120/1996, de 8 de julio, FJ 8, y 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4, “como precipitado y complemento la de tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora”. En esa misma resolución, este Tribunal añadió que “como quiera que dicha frontera es, en mayor o menor medida, ineludiblemente borrosa –por razones ya de carácter abstracto de la norma, ya de la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje–, el respeto del órgano administrativo sancionador al irrenunciable postulado del artículo 25.1 CE deberá analizarse, más allá del canon de interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad, propio del derecho a la tutela judicial efectiva, con el prisma de la razonabilidad que imponen los principios de seguridad jurídica y de legitimidad de la configuración de los comportamientos ilícitos que son los que sustentan el principio de legalidad”.

Desde esta perspectiva, resulta elemento realmente esencial del principio de tipicidad, ligado indisolublemente con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la necesidad de que la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionatoria. En otros términos, el principio de tipicidad exige no sólo que el tipo infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones estén suficientemente predeterminados, sino que impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación y, en el supuesto de que dicha norma tenga rango reglamentario, cuál es la cobertura legal de la misma. Esta última obligación encuentra como excepción aquellos casos en los que, a pesar de no identificarse de manera expresa el fundamento legal de la sanción, el mismo resulta identificado de forma implícita e incontrovertida. En este orden de ideas, hemos subrayado recientemente en la STC 161/2003, de 15 de septiembre, que cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora debe ser “la propia resolución administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su motivación [la impuesta por los artículos 54.1.a) y 138.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común], identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción. Sólo así puede conocer el ciudadano en virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona, sin que esté excluido, como acaba de exponerse, que una norma de rango reglamentario desarrolle o concrete el precepto o los preceptos legales a cuya identificación directa o razonablemente sencilla el sancionado tiene un derecho que se deriva del artículo 25 CE” (FJ 3).»

(STC 218/2005, de 12 de septiembre. Recurso de amparo 3906/2001. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 14 de octubre de 2005. En el mismo sentido, STC 297/2005, de 21 de noviembre. Recurso de amparo 1090/2003. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera. «BOE» de 21 de diciembre de 2005.)

### *Principio de legalidad sancionadora*

«El análisis de si se han respetado las garantías formal y material del derecho a la legalidad sancionadora debe comenzar recordando la ya consolidada doctrina de este Tribunal sobre el particular, en la que se ha reiterado que el artículo 25.1 CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, que es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo y que comprende tanto una garantía formal como material. Si bien la garantía formal aparece derivada de la exigencia de reserva de Ley en materia sancionadora, sin embargo tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito sancionador administrativo, toda vez que no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, aunque sí hay que excluir el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. Por tanto, la garantía formal implica que la Ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley (por todas, SSTC 161/2003, de 15 de septiembre, FJ 2, o 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3).

La garantía material, por su parte, aparece derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las Leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. Por tanto, la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (por todas, SSTC 100/2003, de 2 de junio, FJ 2, y 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3).»

(STC 242/2005, de 10 octubre. Recurso de amparo 2020/2001. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. «BOE» de 15 de noviembre de 2005.)

### *Principio de proporcionalidad*

«De acuerdo con una reiterada doctrina de este Tribunal, el principio de proporcionalidad, que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable en el ámbito de los derechos fundamentales, «no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe ana-

lizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad" (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3; en el mismo sentido, SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 1;136/1999, de 20 de julio, FJ 22; AATC 293/1997, de 22 de julio, y 484/2000, de 30 de noviembre).»

(STC 300/2005, de 21 de noviembre. Recurso de amparo 5402/2003. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. «BOE» de 21 de diciembre de 2005.)

## ARTÍCULO 25.2

### *Finalidad de las penas privativas de libertad*

«Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el artículo 25.2 CE, en cuanto alude a la orientación de las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social, no contiene un derecho subjetivo, ni menos aun un derecho fundamental, susceptible de protección en vía de amparo, sino tan sólo un mandato del constituyente al legislador y a la Administración penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad, de modo que todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria (por todas, STC 115/2003, de 16 de junio, FJ 3). Del mismo modo, hemos señalado que el artículo 25.2 CE no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad ni, por lo tanto, que haya de considerarse contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad (por todas, STC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6).»

(STC 299/2005, de 21 de noviembre. Recurso de amparo 2569/2003. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 21 de diciembre de 2005.)

## ARTÍCULO 53.1

### *Inferencia del Estado en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Necesidad de habilitación legal*

«Con carácter general hemos declarado que la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional.

En la STC 49/1999, de 5 de abril, sostuvimos que, "por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esta reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos 'únicamente al imperio de la

Ley' y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996), constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, FJ 10)" [STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4; y en el mismo sentido, SSTC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6, y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 6 a)]. Por consiguiente la injerencia en los derechos fundamentales sólo puede ser habilitada por la ley en sentido estricto, lo que implica condicionamientos en el rango de la fuente creadora de la norma y en el contenido de toda previsión normativa de limitación de los derechos fundamentales [STC 169/2001, FJ 6, y 184/2003, FJ 6 a]).

Esta exigencia de cobertura legal, que ha sido afirmada por este Tribunal en relación con un amplio elenco de derechos fundamentales, se ha establecido expresamente en relación con el derecho a la intimidad en múltiples pronunciamientos. Así, en la STC 37/1989, de 15 de febrero, en la que enjuiciamos la compatibilidad con el derecho a la intimidad corporal de una exploración ginecológica requerida a los fines de un proceso penal, dijimos que la afectación del ámbito de intimidad protegido sólo podía producirse "con fundamento en una inexcusable previsión legislativa" (FJ 7). De manera igualmente explícita afirmamos en la STC 7/1994, de 17 de enero, la necesidad de observar el principio de legalidad en la práctica de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad, habida cuenta de la intromisión que comportan en la esfera de intimidad personal constitucionalmente protegida: "debe existir [señalamos] una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia" [FJ 3 b); en el mismo sentido, STC 95/1999, de 31 de mayo, FJ 2]. En la STC 207/1996, de 16 de diciembre, exigimos, asimismo, con fundamento en la previsión contenida en el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que cualquier medida limitativa del derecho a la intimidad (en aquella ocasión la práctica de una diligencia pericial sobre el pelo del recurrente al objeto de determinar si era o no consumidor habitual de estupefacientes) estuviera prevista en una Ley: "toda intervención corporal [afirmamos] acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental a la integridad física (y, en su caso, de la intimidad)... ha de estar prevista por la Ley" [FJ 4 b]). A favor de la constitucionalidad del artículo 12 del Real Decreto Legislativo sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial nos pronunciamos en la STC 234/1997, de 18 de diciembre, entre otras razones, porque la intromisión en la intimidad protegida [la práctica de pruebas para detectar el consumo excesivo de bebidas alcohólicas] estaba prevista en una norma con rango de ley [FJ 9 B)]. También en la STC 70/2002, de 3 de abril, en relación con la intervención policial y posterior lectura de una carta que iba doblada en el interior de una agenda, hemos vuelto a insistir sobre la exigencia de habilitación legal específica que autorice la práctica de diligencias que incidan en el ámbito de intimidad (FJ 10). Y en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, hemos subrayado que el derecho fundamental a la intimidad "impone a terceros el deber de abstención de intromisiones, salvo que estén fundadas en una previsión legal" (FJ 2). En fin, más recientemente, hemos señalado en la STC 25/2005, de 14 de febrero, que para que se respete el artículo 18.1 CE la medida limitativa del derecho fundamental a la intimidad (en el caso enjuiciado en esta resolución, la práctica de medidas de detección alcohólica), debe estar "prevista por la Ley" (FJ 6).

Por otra parte, y tal y como recordamos en nuestra STC 207/1996, de 16 de diciembre, "la necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en [el] derecho a la intimidad... está establecida expresamente en el artículo 8 del CEDH, en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos incluye tales derechos dentro del más genérico derecho “al respeto de la vida privada y familiar”... Pues bien [añadimos en la STC 207/1996], el apartado 2 del mencionado artículo 8 expresamente señala que: “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley” [FJ 4 b)]. Sobre la exigencia de previsión legal específica de toda actuación pública que incida en la esfera de la vida privada se ha pronunciado el Tribunal de Estrasburgo en infinidad de pronunciamientos (señaladamente en relación con la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones: SSTEDH de 2 de agosto de 1984, asunto *Malone c. Reino Unido*, § 67; de 24 de abril de 1990, asuntos *Kruslin c. Francia*, § 34, y *Huving c. Francia*, § 32; de 23 de noviembre de 1993, asunto *A. c. Francia*, § 39; de 25 de marzo de 1998, asunto *Kopp c. Suiza*, § 64; de 30 de julio de 1998, asunto *Valenzuela Contreras c. España*, § 46; de 12 de mayo de 2000, asunto *Khan c. Reino Unido*, § 27; de 18 de febrero de 2003, asunto *Prado Bugallo c. España*, § 32).»

(STC 233/2005, de 26 de septiembre de 2005. Recurso de amparo 573/2001. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 28 de octubre de 2005).

## CÓDIGO PENAL

### ARTÍCULO 84

#### *Inicio del período de suspensión de la ejecución de la pena*

«Esta última conclusión acerca del momento de inicio del período de suspensión de la ejecución de la pena se desprende, por lo demás, directamente de los propios términos en que viene legalmente configurada la institución también conocida como remisión condicional de la pena o condena condicional. Se trata, en efecto, de un beneficio asentado sobre la idea de que, en el caso de delincuentes primarios condenados a penas cortas privativas de libertad, las finalidades preventivas especiales mencionadas en el artículo 25.2 CE pueden ser alcanzadas con mayores garantías de éxito si los órganos del Estado que ostentan la titularidad del *ius puniendi* renuncian momentáneamente a ejecutar la pena a condición de que el penado no vuelva a delinquir durante un plazo de tiempo preestablecido, sin que ello vaya en detrimento de los fines preventivos generales que también han de cumplir las penas. La ejecución de la pena impuesta quedaría así en suspenso durante un cierto tiempo –que en el presente caso ascendía a dos años– a la espera de que el condenado cumpla la condición de no delinquir de nuevo en dicho plazo. El incumplimiento de dicha condición implica automáticamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 CP, la revocación del beneficio y la consiguiente ejecución de la pena de prisión impuesta. El cumplimiento de la condición por el penado le hace, por el contrario, acreedor de un derecho a que la pena cuya ejecución estaba en suspenso le sea remitida.

La propia dinámica de esta modalidad de contraprestación, por la que el titular del *ius puniendi* se compromete a remitir la pena en la medida en que el penado cumpla la mencionada condición, conduce a concluir que el período de prueba a que este último se somete se inicia en el mismo momento en que se notifica la resolución por la que se concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Carecería, en efecto, de sentido dilatar *sine die* dicho inicio a la espera de la resolución de eventual-

les recursos contra tal decisión por dos principales razones: en primer lugar, porque ello supondría, en este caso concreto, añadir a los dos años de “prueba” pre establecidos el período adicional de año y medio que medió entre la conclusión de dicho plazo y la tardía resolución del recurso de apelación presentado contra el Auto de concesión de la suspensión, con la consecuencia de que durante todo ese tiempo se estaría requiriendo del penado que no volviera a delinquir toda vez que de lo contrario la remisión condicional de su condena sería revocada de conformidad con lo establecido en el artículo 84 CP; en segundo lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, porque con ello se occasionaría inseguridad jurídica al penado, dado que no podría saber en qué momento exacto debía situar los dos años de prueba establecidos como condición para la remisión de la condena, pues para ello tendría que esperar a la resolución de los recursos presentados contra la decisión concesiva de tal beneficio aun cuando la misma se dilatara varios años.

Existe, por otra parte, otra razón de peso para alcanzar esa misma conclusión de que el período probatorio comienza a correr a partir de la fecha en la que se concede la suspensión de la ejecución de la pena, sin que la interposición de un recurso eventualmente admitido a un solo efecto contra dicha decisión lo interrumpa. A tenor de lo dispuesto en el artículo 136 CP, los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a la cancelación de sus antecedentes penales, siendo para ello requisito indispensable, entre otros, que no hubieran delinquido nuevamente durante un cierto plazo –que en este caso sería de tres años, de conformidad con lo establecido en el artículo 136.2 CP–, debiendo comenzar el cómputo de dicho plazo, según reza el texto del artículo 136.3 CP, desde el día siguiente a aquel en el que quedaría extinguida la pena, incluido el supuesto de que sea revocada la condena condicional. Pues bien: de seguirse el criterio enunciado en los Autos recurridos en el sentido de que la presentación de un recurso de apelación contra los mismos suponía su ausencia de firmeza y, en consecuencia, una situación equivalente a que el beneficio en cuestión no se hubiera comenzado a disfrutar, estaríamos ante un supuesto de hecho en el que el penado no sólo vería retrasado *sine die* el disfrute de la medida de suspensión condicional de la pena inicialmente concedida, sino también la extinción de dicha pena y, en consecuencia, su derecho a reclamar, en su momento, la cancelación del correspondiente antecedente penal. Sería, en definitiva, como si lo que en un principio se presenta como un beneficio para el condenado a pena corta privativa de libertad redundara finalmente en un claro perjuicio, derivado de su sometimiento a un período de tiempo más o menos largo y, en cualquier caso, indefinido antes de que pudiera comenzar a cumplir la condición impuesta y, con ello, a activar el cómputo del plazo previsto para que, una vez cumplida dicha pena, pudiera optar a la cancelación de tal antecedente penal. Lo que, lejos de favorecer su rehabilitación y reinserción social, retardaría indebidamente tal efecto.

A este último respecto debe recordarse que, a partir de la STC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3, este Tribunal ha venido manteniendo que la ratio del indicado beneficio no es otra que “la necesidad de evitar en ciertos casos 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 supuestos no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración 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 un punto de vista preventivo” (*vid.*, en el mismo sentido SSTC 115/1997, de 16 de junio, FJ 2; 164/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 8/2001, de 15 de enero, FJ 2, y 110/2003, de 16 de junio, FJ 4). Sin olvidar, por otra parte, que, tal y como también ha declarado este Tribunal en anteriores ocasiones, “la suspensión de la ejecución de

la pena, al igual que la libertad condicional o los permisos de salida de centros penitenciarios, son instituciones que se enmarcan en el ámbito de la ejecución de la pena y que, por tanto, tienen como presupuesto la existencia de una Sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de restricción de la libertad del condenado. De manera que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo" (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3; 8/2001, de 5 de enero, FJ 2, y 110/2003, de 16 de junio, FJ 4).»

(STC 251/2005, de 10 de octubre. Recurso de amparo 1733/2004. Ponente: D. Eugenio Gay Montalvo. «BOE» de 15 de noviembre de 2005.)

## DELITOS CONTRA EL HONOR (ARTÍCULOS 205 Y SIGUIENTES)

«Hemos dicho en la STC 115/2004, de 12 de julio: "Como indicamos en la STC 2/2001, de 15 de enero (FJ 5), recordando las SSTC 42/1995, de 18 de marzo (FJ 2), y 107/1988, de 8 de junio (FJ 2), si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y falta de respeto a las instituciones y autoridades, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos".

“Y ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del artículo 20.1 a) y d) CE, como cuestión previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si éstos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que las libertades del artículo 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuricidad de esa conducta (STC 104/1986, de 13 de agosto, FFJJ 6 y 7, reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 136/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 297/1994, de 14 de noviembre, FFJJ 6 y 7; 320/1994, de 28 de diciembre, FFJJ 2 y 3; 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 12 de febrero, FJ 2, y 232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5).

Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito (SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 2, 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5), de manera que la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal, o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, no es constitucionalmente admisible”.

Sigue diciendo la Sentencia citada: “En ese obligado análisis previo a la aplicación del tipo penal el Juez penal debe valorar, desde luego, si en la conducta

enjuiciada concurren aquellos elementos que la Constitución exige en su artículo 20.1 *a*) y *d*) para tenerla por un ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que le impone comprobar, si de opiniones se trata, la ausencia de expresiones manifestamente injuriosas e innecesarias para lo que se desea manifestar, y, de tratarse de información, que ésta sea veraz. Pues si la opinión no es formalmente injuriosa e innecesaria o la información es veraz no cabe la sanción penal, ya que la jurisdicción penal, que debe administrar el *ius puniendi* del Estado, debe hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, ni desproporcionada, ya que así lo impone la interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales, rigurosamente motivada y ceñida al campo que la propia Constitución ha dejado fuera del ámbito protegido por el artículo 20.1 CE. Cuando el Juez penal incumple con esta obligación y elude ese examen preliminar para comprobar si la pretendida antijuricididad 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”.

Por último, debemos distinguir, como dijimos en la STC 151/2004, de 20 de septiembre, citando a su vez la STC 104/1986, de 17 de julio, “entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término ‘información’, en el texto del artículo 20.1 *d*) CE, el adjetivo ‘veraz’ (STC 4/1996, de 19 de febrero). Sin embargo, hemos admitido que en los casos reales que la vida ofrece no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos”.

(STC 266/2005, de 24 de octubre. Recurso de amparo 1487/2003. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. «BOE» de 29 de noviembre de 2005.)

## LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

### ARTÍCULOS 954 Y SIGUIENTES

#### *Recurso de revisión*

«La denegación de acceso al legalmente denominado “recurso de revisión” es una denegación de acceso a la jurisdicción y no, frente a la apariencia, una denega-

ción de acceso a un recurso. La precisión es importante porque a la vista de la diferente trascendencia de cada manifestación de la tutela judicial son diferentes sus contenidos esenciales, resultando a partir de ello más incisivo el canon de control constitucional del primer tipo de decisiones que el del segundo, con la excepción en este caso de las resoluciones de acceso al recurso del penalmente condenado. Así, en efecto, mientras que son constitucionalmente aceptables las decisiones de inadmisión del recurso –cuya existencia, por lo demás, no viene constitucionalmente impuesta, salvo en materia penal a favor del condenado– que no supongan una interpretación de la legalidad procesal manifiestamente irrazonable, arbitraria o fruto del error patente, las reglas de acceso a la jurisdicción no pueden interpretarse de un modo rigorista, o excesivamente formalista, o de cualquier otro modo que revele una clara desproporción entre los fines que estas reglas preservan y los intereses que sacrifican (SSTC 88/1997, de 21 de diciembre, FJ 2; 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 295/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 123/2004, de 13 de julio, FJ 3, y 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2).

b) Como ya hemos señalado en otras ocasiones es este último y más estricto canon de análisis el que ha de aplicarse a las decisiones de inadmisión de los recursos de revisión, ya que “a pesar de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal califique como “recurso” a la revisión, en puridad no estamos ante una reivindicación relativa al acceso a los sucesivos recursos... sino que se trata más bien de una vía de impugnación autónoma que, a los efectos del problema de constitucionalidad que nos corresponde enjuiciar, se aproxima más a la del acceso a la jurisdicción que a la del acceso a los recursos” (SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 3, y 123/2004, de 13 de julio, FJ 3).

c) La aplicación del canon reseñado de proporcionalidad ha de tomar en cuenta dos rasgos más del recurso de revisión penal. Es el primero el de que es “penal”: que se trata del acceso a la jurisdicción por parte de una persona condenada que pretende dejar de estarlo, por lo que pueden estar también en juego –porque es lo que se pretende discutir en forma de revisión–, según los casos, sus derechos a la presunción de inocencia, a la legalidad penal (tal era el supuesto que dio lugar a la STC 150/1997, FJ 3) y la libertad. Como afirmaba gráficamente la STC 124/1984, de 18 de diciembre, la existencia del recurso de revisión penal “se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, configurada por el artículo 1.1 de la Constitución, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los ‘valores superiores’ que propugna el Estado social y democrático de Derecho en el que España, en su virtud, se constituye. Es una exigencia de la justicia, tal y como la entiende el legislador constituyente, estrechamente vinculada a la dignidad humana y a la presunción de inocencia, por cuanto el factor por el que resultó neutralizada ésta en la Sentencia cuya revisión se pide resulta a su vez anulado por datos posteriores que la restablecen en su incolumidad” (FJ 6; también, SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5, y 123/2004, de 13 de julio, FJ 3).

El segundo rasgo que ha acentuado nuestra jurisprudencia es su carácter extraordinario, “históricamente asociado al derecho de gracia y sometido a condiciones de interposición estrictas” en cuanto “encaminado a la anulación de una Sentencia firme y que significa en consecuencia una derogación al principio preclusivo de la cosa juzgada, exigencia de la seguridad jurídica” (STC 124/1984, de 18 de diciembre, FJ 6; también, SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 5, y 123/2004, de 13 de julio, FJ 3).»

(STC 240/2005, de 10 de octubre. Recurso de amparo 5430/2000. Ponente: D.<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde. «BOE» de 15 de noviembre de 2005.)

## LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA

### ARTÍCULO 47

#### *Derecho a la tutela judicial efectiva en la resolución de solicitudes de permisos de salida*

«Como señala la STC 24/2005, de 14 de febrero: “son ya muchas las ocasiones en las que nuestra jurisprudencia se ha ocupado de determinar cuándo una resolución judicial denegatoria de un permiso de salida a un preso constituye un ejercicio efectivo de tutela judicial. El canon de control constitucional resultante es más riguroso que el genérico que repara sólo en si la resolución impugnada es arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente (STC 75/1998, de 31 de marzo, FJ 3). La razón estriba en que, aunque tal resolución no pueda nunca vulnerar el derecho a la libertad personal de los internos, ‘pues la privación de ésta se ha producido por un título legítimo previo que es la imposición de una Sentencia penal condenatoria a privación de libertad’ (STC 167/2003, de 29 de septiembre), no cabe duda de que en las decisiones en torno a los permisos de salida está en juego el valor superior de la libertad, pues de la concesión de los mismos va a depender que el preso ‘disfrute de una cierta situación de libertad de la que de ordinario, y con fundamento en la propia condena que así lo legitima, carece’ (STC 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 4). Asimismo, y ésta es la segunda razón por la que en estos supuestos es más riguroso el control de la tutela judicial, el permiso de salida sirve a una de las finalidades esenciales que la Constitución impone a la pena privativa de libertad, cual es ‘la reeducación y reinserción social’ (art. 25.2 CE). Este trasfondo constitucional, y con ello no sólo la obvia necesidad social de que la pena no se quebrante, ha de formar parte de la ponderación judicial que informe la decisión sobre el permiso solicitado. No es pues constitucionalmente suficiente que el Auto en cuestión se apoye sin más en el Reglamento penitenciario –y esté en tal sentido fundado en Derecho, –y que así lo exprese– y esté en tal sentido motivado, sino que es imprescindible que tome en consideración los valores constitucionales en juego y que de un modo u otro exponga tal ponderación”».

(STC 299/2005, de 21 de noviembre. Recurso de amparo 2569/2003. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. «BOE» de 21 de diciembre de 2005.)

## LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### ARTÍCULO 44.1.a)

#### *Agotamiento de la vía judicial previa. Incidente de nulidad de actuaciones*

«Este Tribunal viene exigiendo, en aplicación de su doctrina sobre la subsidiariedad del amparo, la utilización previa de todo recurso o remedio que por su carácter y

naturaleza sea adecuado para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado y, a tal fin, entiende que la interposición del incidente de nulidad que se regula en el artículo 240.3 LOPJ, a partir de su reforma por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, regulación incluida actualmente en el artículo 241 LOPJ, según la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, constituye un recurso ineludible para cumplir el requisito previsto en el citado artículo 44.1.a) LOTC (por todas, STC 28/2004, de 4 de marzo, FJ 4). La no utilización de esa vía, que habría hecho posible la inadmisión *a limine* del recurso conforme al artículo 50.1.a) LOTC, también puede ser tomada en cuenta en este momento procesal, provocando la inadmisión del recurso (por todas STC 213/2003, de 1 de diciembre, FJ 2).»

(STC 235/2005, de 26 de septiembre. Recurso de amparo 5886/2002. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 28 de octubre de 2005.)

## ARTÍCULO 44.1.c)

### *Invocación judicial previa del derecho fundamental vulnerado*

«Este Tribunal ha venido destacando de forma reiterada la trascendencia del estricto cumplimiento del requisito procesal de invocación del derecho fundamental vulnerado tan pronto como hubiere lugar para ello. Se trata de un requisito que no es meramente formal, sino que se articula en razón de una finalidad evidente, como es la garantía del principio de subsidiariedad en la actuación de este Tribunal respecto de la tutela judicial de los derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria (SSTC 57/1996, de 4 de abril, FJ 2; 146/1998, de 30 de junio, FJ 3; 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 2 y 133/2002, de 3 de junio, FJ 3, por todas). Esta finalidad requiere no sólo la necesidad de invocar el derecho lesionado, sino también la de hacerlo en tiempo, es decir, como precisa el artículo 44.1.c) LOTC, “tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello”. Ahora bien, también debe recordarse que este Tribunal ha interpretado con flexibilidad y de manera finalista este presupuesto procesal, no exigiendo, en lo que a la forma de la invocación se refiere, la cita concreta y numérica del precepto constitucional presuntamente lesionado, ni siquiera la mención de su *nomen iuris*, siendo suficiente que se someta el hecho fundamentador de la vulneración que se entiende producida al análisis de los órganos judiciales, dándoles la ocasión de pronunciarse y, en su caso, reparar la lesión de los derechos fundamentales en los que posteriormente se basa el recurso de amparo (entre otras muchas, SSTC 62/1999, de 26 de abril, FJ 3; 199/2000, de 24 de julio, FJ 2; 15/2002, de 28 de enero, FJ 2; 133/2002, de 3 de junio, FJ 3; y 29/2004, de 4 de marzo, FJ 3).»

(STC 231/2005, de 26 de septiembre. Recurso de amparo 3074/2000. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. «BOE» de 28 octubre 2005.)

## ARTÍCULO 44.2

### *Plazo para la interposición de recuso de amparo*

«Si bien nuestra jurisprudencia ha llamado la atención sobre la trascendencia del requisito previsto en el artículo 44.1.a) LOTC para garantizar el carácter subsidiario del recurso de amparo (por todas, SSTC 8/1993, de 18 de enero, FJ 2; 132/1999,

de 15 de julio, FJ 2), también hemos afirmado que este “Tribunal es consciente de que el promovente del amparo se encuentra en ciertos casos ante una dualidad de planteamientos, ya que si no utiliza todos los recursos posibles en la vía judicial ordinaria podrá ver inadmitido un recurso de amparo, y si se excede en la formulación de aquéllos, ejercitando alguno que no es procedente, la demanda de amparo podrá incurrir en inadmisión, en tanto que extemporáneamente formulada” (SSTC 120/1986, de 22 de octubre, FJ 1, 289/1993, de 4 de octubre, FJ 3, 122/1996, de 8 de julio, FJ 2, y 132/1999, de 15 de julio, FJ 2).»

(STC 192/2005, de 18 de julio. Recurso de amparo 2010/2000. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 18 agosto 2005.)

«Este Tribunal ha declarado reiteradamente, también en recursos de amparo promovidos contra resoluciones judiciales dictadas en un proceso penal (SSTC 69/2004, de 19 de abril, FJ 2; 159/1998, de 13 de julio, FJ único; 24/1995, de 30 de enero, FJ 5; 189/1994, de 20 de junio, FJ único), que “la notificación al Procurador es una notificación hecha al representante procesal de la parte y surte plenos efectos respecto del plazo de veinte días que establece el artículo 44.2 LOTC para interponer el recurso de amparo, con independencia de la existencia o no de notificación personal al interesado y del momento en que ésta se produzca”.»

(STC 204/2005, de 18 de julio. Recurso de amparo 812/2003. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 18 agosto 2005.)

«Debemos recordar que es doctrina consagrada de este Tribunal la de que debe permitirse la utilización de cuantos recursos se consideren útiles para la defensa de los intereses de las partes, “siempre que no se vislumbre en ello una intención meramente dilatoria o defraudadora del carácter preclusivo y perentorio del plazo para demandar en amparo”, de manera que un recurso de amparo sólo puede ser tenido por extemporáneo cuando “la parte haya hecho uso de un recurso judicial improcedente, siempre que esta improcedencia sea manifiesta y notoria, de forma tal que resulte palmario el ánimo de dilatar artificiosamente el plazo legalmente fijado para la interposición de la demanda. Así pues, la razón de dicha extemporaneidad no está tanto ni solamente en el dato objetivo de la improcedencia del recurso judicial empleado, como en el hecho de que con su utilización se evidencie una prolongación indebida de la vía judicial ordinaria” (entre muchas otras, SSTC 132/1999, de 15 de julio, FJ 2.b; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 131/2004, de 19 de julio, FJ 2; y 77/2005, de 4 de abril, FJ 2).

En concreto, por lo que se refiere a la formulación de la solicitud de aclaración, reconocida en la actualidad en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 267), en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 214) y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 161) [que consiste en la solución de las dudas que haya suscitado la lectura de la Sentencia o la subsanación de los errores materiales, sin finalidad crítica o impugnatoria alguna (entre las últimas, SSTC 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 4; 141/2003, de 14 de julio, FJ 4; y 56/2005, de 14 de marzo, FJ 4)], este Tribunal ha afirmado que “su interposición hace extemporáneo el recurso de amparo interpuesto una vez transcurrido el plazo de veinte días previsto en el artículo 44.2 LOTC, cuando resulte injustificada produciendo una prolongación artificial del plazo de interposición del amparo o pueda calificarse como un remedio manifiestamente improcedente contra la resolución judicial” (SSTC 131/2004, de 19 de julio, FJ 2; y 77/2005, de 4 de abril, FJ 2), lo que, por ejemplo, sucede cuando se utiliza para volver a analizar el objeto del recurso o para pretender alterar la fundamentación jurídica de la resolución o el sentido del fallo (por todas, STC 177/2000, de 26 de junio, FJ 2).

No concurriendo tales circunstancias el tiempo que transcurra entre la petición de aclaración y el Auto correspondiente (aclare o no) ha de ser excluido en el cómputo del plazo de cualquier recurso en sentido propio, cuyo *dies a quo* o hito inicial ha de situarse en el de la notificación de aquél Auto (ATC 45/1995, de 13 de febrero, FJ 1); en cambio la utilización del instrumento de la aclaración para un fin distinto del que le es propio provoca una ampliación artificial del plazo para interponer el amparo, lo que determina la inadmisibilidad de la demanda de éste por extemporánea (entre las últimas, SSTC 161/1998, de 14 de julio, FJ 2; 123/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 245/2000, de 16 de octubre, FJ 2; y 15/2001, de 29 de enero, FJ 3).»

(STC 233/2005, de 26 de septiembre de 2005. Recurso de amparo 573/2001. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 28 de octubre de 2005.)

## ARTÍCULO 46

### *Legitimidad para interponer recurso de amparo*

«En efecto, es reiterada doctrina de este Tribunal que el recurso de amparo habilita a la defensa de un derecho fundamental por quien es su titular, pues la acción es, en principio, de carácter personalísimo y no puede ser ejercida por persona diversa a la de su originario titular, único legitimado para impetrar la protección del propio derecho (SSTC 141/1985, de 22 de octubre, FJ 1; 11/1992, de 27 de enero, FJ 2; y ATC 96/2001, de 24 de abril, FJ 5). Esto es debido a que el recurso de amparo está ordenado a tutelar derechos fundamentales y libertades públicas estrictamente vinculados a la propia personalidad, y muchos de ellos derivados de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE por estar ligados a la existencia misma del individuo, entre los cuales se encuentra, sin duda y como tantas veces hemos dicho, el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 CE [entre las últimas, SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 4; 99/2002, de 6 de mayo, FJ 6; 185/2002, de 1 de octubre, FJ 3; 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 2 a); 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21; 127/2003, de 30 de junio, FJ 7; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6].

No obstante lo anterior, en virtud del artículo 162.1 b) de la Constitución, ciertamente la capacidad procesal activa para interponer un recurso de amparo no sólo la otorga la titularidad misma del derecho fundamental cuya protección se impetrta ante este Tribunal, sino también la existencia de un interés legítimo, cualificado o específico (SSTC 60/1982, de 11 de octubre, FJ 3; 47/1990, de 20 de marzo, FJ 2; 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 3; 12/1994, de 17 de enero, FJ 2; 235/1997, de 19 de diciembre, FJ 2; 174/2002, de 9 de octubre, FJ 4; y 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 2), esto es, cuando concurre una determinada situación jurídico-material que legitima al recurrente a tal interposición, lo que sucede, entre otros supuestos, cuando los instantes del amparo son determinadas entidades asociativas u organizaciones representativas de intereses colectivos (así, por ejemplo, en la STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 4, reconocimos legitimación al Consejo General de Colegios de Economistas de España para recurrir un Reglamento por vulneración del derecho a la intimidad de sus asociados, y en los AATC 197/2003, de 17 de junio, FJ 2, y 212/2003, de 30 de junio, FJ 2, también reconocimos legitimación a la Unión General de Trabajadores para impugnar otro Reglamento por lesión del derecho a la intimidad de los contribuyentes), cuando se trata de supuestos de sucesión procesal (STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6) o, en fin, en determinadas situaciones de vinculación familiar (SSTC 174/2002, de 9 de

octubre, FJ 4; 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 2; y 71/2004, de 19 de abril, FJ 2). Sin embargo hemos negado legitimación para impetrar amparo, por ejemplo, a esposo e hijo respecto de la supuesta discriminación racial sufrida por su esposa y madre (STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 4), o cuando se ha pretendido defender el derecho a la intimidad de un fallecido por sus familiares (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3).»

(STC 233/2005, de 26 de septiembre de 2005. Recurso de amparo 573/2001. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 28 de octubre de 2005.)

## ARTÍCULO 51

### *Momento procesal para comprobar los presupuestos formales de la demanda de amparo*

«Este Tribunal ha declarado en constante jurisprudencia que los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan sanados porque el recurso haya sido inicialmente admitido a trámite (SSTC 129/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 192/2001, de 1 de octubre, FJ 3; 85/2002, de 22 de abril, FJ 2; y 15/2003, de 28 de enero, FJ 2, entre otras), de forma que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción pueden reabordarse o reconsiderarse en la Sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar a un pronunciamiento de inadmisión por la falta de tales presupuestos, sin que para ello constituya obstáculo el carácter tasado de los pronunciamientos previstos en el artículo 53 LOTC (por todos, SSTC 146/1998, de 30 de junio, FJ 2; y 32/2002, de 11 de febrero, FJ 2).»

(STC 204/2005, de 18 de julio. Recurso de amparo 812/2003. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. «BOE» de 18 agosto 2005.)

## ARTÍCULO 86.1

### *Desaparición sobrevenida del objeto del proceso*

«La desaparición sobrevenida del objeto del proceso, aun cuando no contemplada expresamente en los artículos 80 y 86.1 LOTC, ha sido admitida por este Tribunal como forma de terminación de los distintos procesos constitucionales (STC 13/2005, de 31 de enero, FJ 2; AATC 282/2003, de 15 de septiembre; y 30/2004, de 9 de febrero). Así lo hemos considerado en los casos en los que, en el proceso que dio origen al recurso de amparo, los propios órganos judiciales han reparado las lesiones del derecho invocado en sede constitucional, o bien cuando la reparación se ha producido por desaparición de la causa o acto que dio lugar al proceso (SSTC 151/1990, de 4 de octubre, FJ 4; 139/1992, de 13 de octubre, FJ 2; 57/1993, de 15 de febrero, FJ único; 257/2000, de 30 de octubre, FJ 1; y 10/2001, de 29 de enero, FJ 2; y ATC 945/1985, de 19 de diciembre, FJ único). En concreto, hemos señalado que, constituyendo el recurso de amparo un remedio jurisdiccional idóneo únicamente para la reparación de lesiones singulares y efectivas de los derechos fundamentales, sin que puedan hacerse valer por esta vía otras pretensiones que las dirigidas al restablecimiento o la preservación de aquellos derechos (art. 41.3º LOTC), cuando dicha pretensión se ha visto satisfecha fuera del propio proceso de amparo no cabe sino concluir, en principio, que éste carece desde ese momento de objeto sobre el que deba pronunciarse este Tribunal (por todos, ATC 156/2003, de 19 de mayo, FJ 5). En tales supuestos, el recurso deja de tener

objeto, toda vez que la reparación de la lesión del derecho por otra instancia distinta, con anterioridad a que este Tribunal dicte su decisión, hace perder sentido al pronunciamiento sobre una vulneración ya inexistente, salvo que, como también ha afirmado reiteradamente nuestra jurisprudencia, a pesar de haber desaparecido formalmente el acto lesivo, debieran tenerse en cuenta otros elementos de juicio que siguieran haciendo precisa nuestra respuesta (por todas, SSTC 39/1995, de 13 de febrero, FJ 1; y 87/1996, de 21 de mayo, FJ 2), por lo que habrá que atender a las circunstancias particulares que concurren en cada caso, excluyendo todo automatismo en la respuesta (STC 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 9).»

(STC 216/2005, de 12 de septiembre. Recurso de amparo 2236/2001. Ponente: D. Javier Delgado Barrio. «BOE» de 14 de octubre de 2005.)

## ARTÍCULO 87.1

### *Cumplimiento por los órganos judiciales de las Sentencias del Tribunal Constitucional*

«Debemos recordar que, de conformidad con lo ordenado en el artículo 87.1 LOTC los órganos judiciales están obligados al cumplimiento de lo que este Tribunal Constitucional resuelva, no pudiendo, en consecuencia, desatender a lo declarado y decidido por el mismo. En algunas ocasiones el cumplimiento por el órgano judicial de una Sentencia de este Tribunal puede requerir una interpretación del alcance de la misma, a fin de dar un cabal cumplimiento a lo resuelto en ella y adoptar, en consecuencia, las medidas pertinentes para hacer efectivo el derecho fundamental reconocido frente a la violación de la que fue objeto. Pero semejante consideración y aplicación por el órgano judicial no puede llevar, sin embargo, como es claro, ni a contrariar lo establecido en ella ni a dictar resoluciones que menoscaben la eficacia de la situación jurídica subjetiva allí declarada (SSTC 159/1987, de 26 de octubre, FJ 3; 227/2001, de 26 de noviembre, FJ 6; 153/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; y AATC 134/1992, de 25 de mayo, FJ 2; 220/2000, de 2 de octubre, FJ 1; 19/2001, de 30 de enero, FJ 2). Por lo demás, la especial vinculación que para todos los poderes públicos tienen las Sentencias de este Tribunal no se limita al contenido del fallo, sino que se extiende a la correspondiente fundamentación jurídica, en especial a la que contiene los criterios que conducen a la *ratio decidendi* (STC 158/2004, de 21 de septiembre, FJ 4).»

(STC 302/2005, de 21 de noviembre. Recurso de amparo 3724/2004. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. «BOE» de 21 de diciembre de 2005.)

## **LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL**

### ARTÍCULO 23.4

### *Competencia de los Tribunales españoles en delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en el extranjero*

«El núcleo de la controversia radica en la interpretación, abiertamente restrictiva, que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han efectuado de la regla

de atribución de competencia incluida en el artículo 23.4 LOPJ, con la consecuencia de negar la jurisdicción de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de hechos presuntamente calificados como genocidio, terrorismo y torturas.

(.../...)

Es importante recordar que, aun cuando referido a otro de los delitos incluidos en el catálogo del artículo 23.4 LOPJ, el precepto legal objeto de la controversia ha sido objeto de pronunciamientos previos por parte de este Tribunal, de los cuales pueden extraerse algunas implicaciones para el enjuiciamiento de las resoluciones impugnadas. Concretamente la STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 3, puso de manifiesto que; “al establecer la extensión y límites de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles, el artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye el conocimiento por nuestros órganos judiciales de los hechos cometidos por españoles y extranjeros fuera del territorio nacional cuando los mismos sean susceptibles de tipificación como delitos, según la Ley penal española, en ciertos supuestos (...).

Lo que entraña, pues, que el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de estos concretos delitos, en correspondencia tanto con su gravedad como con su proyección internacional”. Asimismo, en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4, manifestamos que “el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, de forma que su lógica consecuencia es la concurrencia de competencias, o dicho de otro modo, la concurrencia de Estados competentes”.

(.../...)

En todo caso, con carácter previo no puede dejar de resaltarse, ..., que el artículo 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expresa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como también desde la *voluntas legislatoris*, es obligado concluir que la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución. Lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no pueda venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación. Ahora bien, en dicha labor exegética, máxime cuando esa restricción conlleva asimismo la de los márgenes del acceso a la jurisdicción, deben tenerse muy presentes los límites que delimitan una interpretación estricta o restrictiva de lo que, como figura inversa a la de la analogía, habría de concebirse ya como una reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico. Desde el prisma del derecho de acceso a la jurisdicción tal reducción teleológica se alejaría del principio hermenéutico *pro actione* y conduciría a una aplicación del Derecho rigorista y desproporcionada contraria al principio consagrado en el artículo 24.1 CE.

(.../...)

La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los

delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto. Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 4), cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos. Del mismo modo la concepción de la jurisdicción universal en el Derecho internacional actualmente vigente no se configura en torno a vínculos de conexión fundados en particulares intereses estatales, tal como muestran el propio artículo 23.4 LOPJ, la citada Ley alemana de 2002 o, por abundar en ejemplos, la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en Cracovia el 26 de agosto de 2005, en la que, después de poner de manifiesto el ya mencionado compromiso de todos los Estados, se define la jurisdicción universal en materia penal como “la competencia de un Estado para perseguir y, en caso de ser declarados culpables, castigar presuntos delincuentes, independientemente del lugar de comisión del delito y sin consideración a vínculo alguno de nacionalidad activa o pasiva u otros criterios de jurisdicción reconocidos por la Ley internacional”.

(STC 237/2005, de 26 de septiembre. Recursos de amparo 1744/2003, 1755/2003, y 1773/2003, acumulados. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. «BOE» de 28 octubre 2005.)

## ARTÍCULO 555

### *Procedimiento para imponer correcciones disciplinarias a Abogados*

Ver epígrafe Derecho a la libertad de expresión de Abogado en ejercicio del derecho de defensa, del artículo 20 de la Constitución.



# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

## ARTÍCULO 148.1.º

*Lesiones: Utilizar en la agresión armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o la salud, física o psíquica, del lesionado: subtipo agravado que obedece al incremento del riesgo lesivo que objetivamente dimana de dicho método o forma de agredir. Existencia: silla: aunque no conste suficientemente su descripción, el fin para el que sirve, sostiene su especial consistencia y aptitud para ocasionar lesiones especialmente graves*

Como ha expuesto la Jurisprudencia la utilización de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o la salud, es una hipótesis que obedece al incremento del riesgo lesivo que objetivamente dimana de dicho método o forma de agredir (STS de 11 de noviembre de 2001 y 17 de diciembre de 2003), incluyendo las dos sentencias mencionadas incluso la acción de patear la cabeza de una persona en este subtipo agravado por constituir un brutal modo de agredir, que origina por sí mismo un altísimo riesgo objetivo de causar lesiones de enorme gravedad (también consta en el *factum* esta acción). También es cierto que la Jurisprudencia (ver la STS citada en último lugar) se ha referido en ocasiones a la falta de descripción suficiente del medio empleado como obstáculo para fijar su grado de peligrosidad para la vida o salud del lesionado. Sin embargo, hay otros supuestos en los que la sola denominación del instrumento o medio empleado es suficiente para apreciar el plus de peligrosidad o riesgo que entraña para la vida o salud de las personas, teniendo en cuenta sus características y condiciones, su morfología, como señala el Ministerio Fiscal, comunes a todos los del mismo género, sin olvidar la descripción relativa a las demás circunstancias, como sucede en el presente caso, teniendo en cuenta el lugar en el que se encontraban las sillas y su consiguiente funcionalidad. Por ello, tiene razón el Ministerio Fiscal cuando, partiendo de sus características esenciales en relación con el fin para que sirven, sentarse una persona adulta

sobre una plataforma dotada de respaldo y apoyada sobre cuatro o tres patas, sostiene su especial consistencia y aptitud para ocasionar lesiones especialmente graves, sin olvidar la especial agresividad que para que el cuerpo humano presentan las estructuras salientes, con aristas o puntiagudas. Así también ha sido reconocido por precedentes de esta Sala, como las SSTS de 27 de febrero de 1998 o 28 de marzo de 2001, citadas por la Audiencia. En cualquier caso, el material con que hayan sido construidas exige una determinada consistencia para su funcionalidad. Por último, es irrelevante que las lesiones descritas en el *factum* fuesen causadas directamente por el medio empleado, la silla, o por las patadas aplicadas a la cabeza de la víctima, pues el primero sirvió para facilitar esta agresión, con independencia de que el subtipo agravado tiene su razón de ser en el aumento del riesgo.

(Sentencia de 19 de octubre de 2005)

## ARTÍCULO 181.2

*Abusos sexuales: Sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental: existencia: víctima afectada por retraso mental leve, con CI global del 62 por 100, apreciable de forma inmediata, circunstancia conocida por el acusado; Penalidad: rebaja de nueve a siete años de prisión por vulneración del principio de non bis in idem. Se toma en consideración a efectos agravatorios la enfermedad mental de la víctima, lo que si bien supone sin duda una especial vulnerabilidad, ya fue tenida en cuenta previamente para afirmar la ausencia de consentimiento*

Respecto al delito de abusos la jurisprudencia de esta Sala –por todas SSTS de 5 de mayo de 2000 y 11 de mayo de 2004– ha establecido, como doctrina general que, frente a los ataques contra la libertad sexual caracterizados por el empleo de la violencia o la intimidación como medio comisivo para contravenir o vencer la voluntad contraria de la víctima, tipificados como «agresión sexual» del artículo 178, con el complemento que representan los subtipos agravados de los artículos 179 y 180 del Código Penal, este Texto legal contempla el supuesto de mera ausencia o falta de consentimiento libre en el artículo 181 como «abuso sexual», con tres tipologías distintas:

- A) la básica del número 1.º, constituida sobre la general exigencia de que no medie consentimiento;
- B) la agravada del número 2.º, que considera en todo caso como abuso no consentido el cometido sobre menor de trece años, –reforma LO 11/99, de 30 de abril–, o sobre persona privada de sentido o de cuyo trastorno mental se abusa, cuyo fundamento en la incompatibilidad que estas fases de inmadurez psicoorgánica (menor de trece años) o estos estados patológicos del sujeto (privación de sentido; trastorno mental) tienen con un verdadero consentimiento libre basado en el conocimiento de la transcendencia y significado del acto; y
- C) la del núm. 3 en la que, a diferencia de las anteriores, el consentimiento existe y se presta, pero sobre la base de una voluntad formada con el vicio de origen producido por una previa situación de superioridad aprovechada por el sujeto; lo que da lugar al llamado «abuso de prevalimiento».

Cada una de las tres tipologías posibles de «abuso» sexual previstas en el artículo 181 –y diferenciadas de las de «agresión» del art. 178 y ss.– es a su vez susceptible de presentar en el desvalor de la acción un incremento contemplado por el legislador en los distintos subtipos agravados, o más exactamente agravaciones específicas, que son aplicables a los tipos generales del artículo 181. Esas agravaciones son precisamente las del artículo 182, y carecen por sí mismas de autonomía típica, en cuanto incorporan un plus de antijuridicidad por el especial alcance sexual del comportamiento, respecto de aquel desvalor general propio de los tipos del artículo 181 asentado en el aspecto negativo de la ausencia de consentimiento.

Ese desvalor de los subtipos se desarrolla a su vez en dos niveles: por un lado sustituyendo las penas previstas al artículo 181 por otras más graves cuando el «abuso sexual» –esto es el delito de que se trate según el art. 181– consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal –en la redacción vigente al cometerse los hechos anterior a la reforma LO 15/2003, de 25 de noviembre– lo que constituye la agravación del artículo 182 párrafo primero; y por otro lado imponiendo esas nuevas penas agravadas en su mitad superior cuando esos comportamientos agravantes del párrafo primero se hicieran con los prevalimientos o abusos previstos en el párrafo segundo del mismo artículo 182. En definitiva ninguno de los párrafos del artículo 182 es tipológicamente autónomo, sino que representan agravaciones de los «abusos sexuales» previstos en el artículo 181 (de igual modo que lo son también los arts. 179 y 180 respecto a la agresión sexual del art. 178), siendo aplicables cuando la acción, calificable como abuso sexual según el artículo 181, consista precisamente en alguno de los comportamientos previstos en el artículo 182. Así lo evidencia en primer lugar la utilización por el artículo 182, en su previsión típica, del concepto de «abuso sexual» que sólo se describe en el artículo 181 en función de la presencia o ausencia del consentimiento, –que es lo esencial en el abuso– mientras que el artículo 182, presuponiendo lo abusivo se centra en la descripción de concretas acciones de especial significación o contenido sexual, que justifican por ello mismo una mayor antijuridicidad respecto a la que ya es propia de cualquier comportamiento sexual por el hecho de ser abusivo, es decir, no consentido libremente por la víctima (STS de 5 de mayo de 2000).

Por último, en lo que a la circunstancia cualificadora del subtipo del artículo 181.3 CP, prevalimiento la STS de 14 de septiembre de 2001 señala que se dará el subtipo cuando concurrieran a la obtención del consentimiento para la relación sexual las tres exigencias que el Texto legal establece: 1) Situación de superioridad, que ha de ser manifiesta; 2) Que esa situación influya, coartándola en la libertad de la víctima; y 3) Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de su víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (STS de 19 de febrero de 2003).

Por ello, el dato objetivo de la diferencia de edad no es suficiente para crear, sin más, una situación de superioridad, pues también se ha dicho por esta Sala que es necesario que el desnivel y la posible disparidad de madurez entre una y otra persona, hayan sido aprovechadas por la de más edad, para obtener un consentimiento que, de otra forma, no se hubiera logrado (STS de 15 de octubre de 2001). Esta delimitación más precisa de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral,

docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

El abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por si misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo (STS de 10 de octubre de 2003).

La STS de 21 de marzo de 2000 destaca las diferencias entre los supuestos del artículo núm. 2 y núm. 3 del artículo 181. Así tratándose de personas con limitaciones o alteraciones mentales el tipo penal del artículo 181.2.<sup>o</sup> es aplicable cuando la víctima, más allá de la pura expresión formal o aparente al aceptar la relación sexual, no ha prestado un verdadero y auténtico consentimiento valorable como tal, porque su patología excluya la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento en el ejercicio libre de autodeterminación sexual. El tipo penal del artículo 181.3.<sup>o</sup> será en cambio apreciable si el trastorno mental padecido no es tan grave como para privar totalmente al sujeto de esa capacidad de conocer y decidir su comportamiento sexual en libertad, pero sí limita su autodominio colocándolo en desventaja respecto a una persona totalmente normal que de ello se prevale o aprovecha (Sentencia de 9 de abril de 1999).

Por tanto, respecto del consentimiento que implica el ejercicio de la libertad sexual el valor excusante del consentimiento del sujeto pasivo no ofrece dudas, pues el Legislador ha establecido, de todos modos, dos circunstancias que lo excluyen: por un lado la incapacidad del sujeto pasivo para prestar su consentimiento válido (art. 181.2), y por el otro la coacción ni la obtención del consentimiento derivado del prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que «coarta la libertad de la víctima» (art. 181.3). Con apoyo en estas consideraciones la distinción se debe practicar considerando que los casos de «falta de consentimiento» se caracterizan por el carácter irrelevante del mismo, como consecuencia de la incapacidad de la víctima para prestarlo, mientras que las de «abuso de superioridad» no presuponen la incapacidad de la víctima, sino el aprovechamiento por parte del autor de circunstancias que reduzcan su libertad de decisión.

Cuarto.—En el caso concreto de autos nos interesa en primer lugar los supuestos del artículo 181.2 (abusos sexuales sobre personas de cuyo trastorno mental se abusase).

En los hechos probados se recoge que Resurrección, nacida el 14.4.68, padecía un retraso mental leve, con CI global del 62 por 100.

La oligofrenia, según se describe en la doctrina científica, constituye un trastorno permanente del individuo, producido en los momentos iniciales de su maduración psicomática debido a factores diversos (congénitos o adquiridos) que se traduce en un déficit de todas o algunas estructuras orgánicas y por una perturbación de la vida instintiva, volitiva y afectiva, determinando un desarrollo de la personalidad en su globalidad.

Las manifestaciones clínicas del retraso mental son muy variadas atendiendo a la diversa etiología, si bien los déficits más relevantes son los relativos a los procesos cognitivos, capacidad intelectiva, aprendizaje del lenguaje y socialización.

Para su diagnóstico se recomienda disponer de cuanta información sea posible no sólo de las mediciones psicométricas de su inteligencia sino también de sus capacida-

des globales de adaptación al medio, autodeterminación y autonomía. En este sentido las mediciones expresadas en el cociente intelectual y en la edad mental del sujeto debe contemplarse únicamente como guía orientadora y no con criterios rígidos, pues a veces no basta considerar sólo en cociente intelectual, sino que hay que tener también en cuenta la educación recibida, la edad física y particularmente el trato social que la persona ha mantenido, incluso ese mismo trato referido al tema específico de las relaciones carnales, pues, a veces, el transcurso de los años, si existen unas relaciones sociales más o menos fluidas, permite adquirir más experiencias que sirven para alcanzar esa capacidad en grado suficiente para excluir la cualidad del enajenado y excluir, consiguientemente, el delito de abuso sexual en la modalidad que ahora nos ocupa.

Desde el punto de vista de la tipicidad penal, la existencia de un delito de abuso sexual, cuando nos encontramos ante personas que presentan un retraso mental leve, preciso no sólo la objetiva asistencia de dicho retraso, sino que será necesario comprobar que aquél se manifiesta externamente de forma perceptible para el sujeto activo, especialmente cuando se trata de un profano, no siendo bastante para integrar el tipo el mero conocimiento del retraso o debilidad mental, debiendo comprobarse que el agente ha observado de dicho trastorno.

Ciertamente esta Sala ha descartado la apreciación de la ausencia de consentimiento en los supuestos de debilidad mental moderada o leve (SSTS de 9 de febrero de 1993, 24 de enero de 1994 y 17 de febrero de 1995), por estimar que en estos casos no se en cuenta anulada la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo, no pudiendo hablarse de una pérdida o inhibición de las facultades cognoscitivas o volitivas en la medida adecuada para discernir la importancia, consecuencias y trascendencia ética o social, siendo consciente de lo que implica el acto sexual con las limitaciones propias del déficit intelectivo que padece, pero ello ha sido advirtiendo en torno a la necesidad de apreciar las circunstancias específicas concurrentes en cada caso concreto.

En el caso que examinamos el Tribunal *a quo* analiza, Fundamento de Derecho segundo, las características y circunstancias personales de la víctima, precisando que el retraso mental leve –CI. global del 62 por 100– es constatable a simple vista como pudo comprobar el propio Tribunal, esto es, que dicho retraso es fácilmente detectable por simple percepción sensorial.

Igualmente valora los dos informes emitidos, uno por la psicóloga D.<sup>a</sup> María Milagros (folios 15 a 21), y otro por la médico forense especialista en psiquiatría D.<sup>a</sup> Lidia (folios 116 a 120), ratificados y ampliados en la vista oral, y que ponen de manifiesto que el retraso mental que sufre Resurrección cursa con limitaciones en la capacidad de juicio crítico, de razonamiento lógico, disminución del control de impulsos y de los instintos e inmadurez emocional, que presenta un déficit cognitivo y notable vulnerabilidad que le impiden analizar el propio acto y sus consecuencias, encontrándose condicionada por la presencia de una figura o persona que conceptúa como superior. Concluye la psicóloga Sra. María Milagros que «no está capacitada para elegir o poner fin a una situación».

En estas circunstancias, y siendo evidente que el acusado conocía la situación de retraso mental de la víctima, no sólo por ser apreciable para cualquier persona como destaca la Sala, sino por su condición de trabajadora en el Centro Especial de Empleo «Nuestro Mundo Aranjuez, S. L.», dependiente de la Asociación de Padres y Tutores de Deficientes Mentales de la Comarca de Aranjuez, resulta difícil dar entrada a las pretensiones del recurrente, ya que es precisamente la circunstancia del retraso mental la que impulsó al acusado a relacionarse con la víctima y de todo ello se desprende

que éste no sólo tenía conocimiento del déficit mental, sino que se aprovechó del mismo para poder llevar a efecto sus planes (STS de 19 de junio de 2000).

Quinto.–Siendo así, la conducta del acusado tiene su encaje normativo en el tipo penal de los artículos 181.1 y 2 y 182.1 CP.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado al igual que el motivo segundo por infracción de Ley, al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 LECrim. por indebida aplicación de aquellos preceptos, al ser este motivo consecuencia del anterior. El Tribunal de manera expresa valora las circunstancias que rodearon la comisión de los hechos y de modo relevante el déficit intelectual de la víctima que le proporcionó al acusado una posición de superioridad suficiente para justificar la tipicidad de su conducta, que, en todo caso, podría ser calificada como abuso sexual con acceso carnal ejercitado con abuso de superioridad, artículo 181.1 y 3 y 182.1 (STS de 1 de junio de 1998), apreciable en supuestos de escaso coeficiente intelectual de la víctima (SSTS de 22 de junio de 1984 y 5 de marzo de 1985), calificación jurídica que no vulnera el principio acusatorio, dado que la acusación popular «asociación de Padres o Tutores de Deficientes Mentales de la Comarca de Aranjuez», calificó los hechos como constitutivos del delito de abuso sexual continuado del artículo 182.1 y 2 CP en relación con los artículos 181.1, 2 y 3 y 180.1 CP; por lo que el juicio típico se realiza a partir de los hechos introducidos por las acusaciones, o existe identidad del bien jurídico protegido y no hay ningún elemento nuevo en la condena del que el recurrente no haya podido defenderse respecto de la acusación (SSTS de 21 de noviembre de 2000 y 22 de diciembre de 2000).

(Sentencia de 30 de octubre de 2005)

## ARTÍCULO 181.3

*Abusos sexuales: Obtener el consentimiento prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima: existencia: víctima de catorce años de edad y acusado de treinta y siete, profesor de baile y amigo de los padres*

Primero.–El motivo primero por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim. por indebida aplicación de los artículos 181.3 y 182 CP en relación con el artículo 74.1 del mismo Cuerpo punitivo, al no darse los elementos que configuran e integran el tipo de abusos sexuales y de forma particular, el abuso de superioridad por parte del acusado.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar que respecto al delito de abusos sexuales, la jurisprudencia de esta Sala –por todas SSTS de 5 de mayo de 2000 y 11 de mayo de 2004– ha establecido, como doctrina general que, frente a los ataques contra la libertad sexual caracterizados por el empleo de la violencia o la intimidación como medio comisivo para contravenir o vencer la voluntad contraria de la víctima, tipificados como «agresión sexual» del artículo 178, con el complemento que representan los subtipos agravados de los artículos 179 y 180 del Código Penal, este Texto legal contempla el supuesto de mera ausencia o falta de consentimiento libre en el artículo 181 como «abuso sexual», con tres tipologías distintas:

A) la básica del número 1.º, constituida sobre la general exigencia de que no medie consentimiento;

B) la agravada del número 2.º, que considera en todo caso como abuso no consentido el cometido sobre menores de trece años, –reforma LO 11/99 de 30 de abril–, o sobre personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusa, cuyo fundamento en la incompatibilidad que estas fases de inmadurez psicoorgánica (menor de trece años) o estos estados patológicos del sujeto (privación de sentido; trastorno mental) tienen con un verdadero consentimiento libre basado en el conocimiento de la trascendencia y significado del acto; y

C) la del núm. 3 en la que, a diferencia de las anteriores, el consentimiento existe y se presta, pero sobre la base de una voluntad formada con el vicio de origen producido por una previa situación de superioridad aprovechada por el sujeto; lo que da lugar al llamado «abuso de prevalimiento».

Cada una de las tres tipologías posibles de «abuso» sexual previstas en el artículo 181 –y diferenciadas de las de «agresión» del artículo 178 y ss.– es a su vez susceptible de presentar en el desvalor de la acción un incremento contemplado por el legislador en los distintos subtipos agravados, o más exactamente agravaciones específicas, que son aplicables a los tipos generales del artículo 181. Esas agravaciones son precisamente las del artículo 182, y carecen por sí mismas de autonomía típica, en cuanto incorporan un plus de antijuridicidad por el especial alcance sexual del comportamiento, respecto de aquel desvalor general propio de los tipos del artículo 181 asentado en el aspecto negativo de la ausencia de consentimiento. Ese desvalor de los subtipos se desarrolla a su vez en dos niveles: por un lado sustituyendo las penas previstas al artículo 181 por otras más graves cuando el «abuso sexual» –esto es el delito de que se trate según el artículo 181– consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal –en la redacción vigente al cometerse los hechos – lo que constituye la agravación del artículo 182 párrafo primero; y por otro lado imponiendo esas nuevas penas agravadas en su mitad superior cuando esos comportamientos agravantes del párrafo primero se hicieran con los prevalimientos o abusos previstos en el párrafo segundo del mismo artículo 182 (las circunstancias 3.ª ó 4.ª de las previstas en el art. 180.1 CP). En definitiva ninguno de los párrafos del artículo 182 es tipológicamente autónomo, sino que representan agravaciones de los «abusos sexuales» previstos en el artículo 181 (de igual modo que lo son también los arts. 179 y 180 respecto a la agresión sexual del art. 178), siendo aplicables cuando la acción, calificable como abuso sexual según el artículo 181, consista precisamente en alguno de los comportamientos previstos en el artículo 182. Así lo evidencia en primer lugar la utilización por el artículo 182, en su previsión típica, del concepto de «abuso sexual» que sólo se describe en el artículo 181 en función de la presencia o ausencia del consentimiento, – que es lo esencial en el abuso – mientras que el artículo 182, presuponiendo lo abusivo se centra en la descripción de concretas acciones de especial significación o contenido sexual, que justifican por ello mismo una mayor antijuridicidad respecto a la que ya es propia de cualquier comportamiento sexual por el hecho de ser abusivo, es decir, no consentido libremente por la víctima (STS de 5 de mayo de 2000).

Segundo.–En relación a la circunstancia cualificadora del subtipo del artículo 181.3 CP de prevalimiento, que es la que la Sala sentenciadora estima concurrente. Como ha señalado la doctrina de esta Sala (SSTS de 14 de febrero de 2000 y de 24 de junio de 2004) el Código Penal de 1995 ha configurado de modo diferente el abuso sexual con prevalimiento, sustituyendo la expresión del Código Penal de 1973 «prevaliéndose de su superioridad originada por cualquier relación o situación» por la actual de «prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima». Con ello se expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente («manifiesta»), es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las

partes, y también «eficaz», es decir, que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce.

Esta delimitación más precisa de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

Los requisitos legales que el texto establece son los siguientes:

- 1.º Situación de superioridad, que ha de ser manifiesta.
- 2.º Que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y
- 3.º Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (STS de 14 de septiembre de 2001).

En esta dirección la STS de 17 de julio de 2003, recuerda que los delitos de abusos sexuales definidos y castigados en los artículos 181 y 182 atentan contra la libertad sexual, no porque el sujeto pasivo sea violentado o intimidado, sino porque, o bien no tiene capacidad o madurez para prestar consentimiento a que otro disponga sexualmente de su cuerpo, o bien el consentimiento que presta ha sido viciado intencionalmente por el sujeto activo que se prevale de una situación de superioridad manifiesta. En este segundo tipo del delito, de menor gravedad que el primero, no existe ausencia sino déficit de consentimiento en el sujeto pasivo, determinado por una situación de clara superioridad de la que el sujeto activo se aprovecha. La definición legal de este tipo de abusos sexuales no exige, para su integración, que la víctima vea su libertad sexual anulada sino que la tenga limitada o restringida.

En efecto el abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por si misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo.

Ahora bien, el abuso sexual con prevalimiento ya no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, pero es claro que la edad de la víctima puede determinar la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento, pues cuanto menor sea dicha edad menos capacidad de libre discernimiento tiene la persona afectada.

Por ello, si el Legislador de 1995 estimó que en todo caso constituyan abusos sexuales no consentidos los que se ejercitan sobre menores de 12 años (La Ley 11/1999 elevó el mínimo a trece años), es claro que en personas muy próximas a dicha edad, la posibilidad de coartar la capacidad de discernimiento es muy relevante, por lo que los supuestos de relaciones sexuales entre adultos con plena capacidad de discernimiento y menores en estas edades, integran ordinariamente abuso con prevalimiento dada la acusada desproporción o asimetría entre las respectivas capacidades

intelectivas y volitivas que determinan una situación de inferioridad manifiesta de la menor (STS de 8 de septiembre de 2003).

Tercero.—En el caso que nos ocupa Carmen tenía 14 años recién cumplidos cuando en las Navidades del año 2000 se iniciaron los besos y tocamientos por todo el cuerpo por parte del acusado, y la misma edad, cuando entre enero y junio 2001 el recurrente logró tener relaciones sexuales completas varias veces por semana e incluso una penetración anal, con lo que la posibilidad de coartar su capacidad de discernimiento era muy relevante. Concurren, además, suficientes factores para apreciar la concurrencia objetiva de una situación de superioridad que coartaba su libertad, tal como señala la sentencia recurrida.

En primer lugar no sólo la menor edad de la víctima, tan solo catorce años, sino la diferencia de edad, el acusado era veintitrés años mayor que aquella, dictamina una manifiesta superioridad tanto desde la perspectiva del conocimiento como de la voluntad.

En segundo lugar las relaciones de estrecha amistad entre la familia de la menor y el acusado y la confianza recíproca entre ambos y que motivó que los padres de la menor permitieran que ésta junto con una amiga que fuese con el acusado y su familia a Badajoz en las Navidades del 2000, siendo esta situación la que aprovechó el recurrente para iniciar los abusos sexuales (ATS de 19 de septiembre de 2002 y STS de 28 de octubre de 2002) que hace referencia a las relaciones de vecindad y la íntima amistad que unían al acusado con los padres de la menor.

En tercer lugar, la circunstancia de ser el acusado profesor y manager en la escuela de baile los Alegría, cuando en el año 1997 Carmen, que solo contaba 9 años, inició las clases de baile en dicha escuela, lo que dio lugar a la vez al inicio de una gran amistad entre la familia de Carmen y la del acusado. Esta condición de docente que ostentaba el acusado dio lugar a la obtención de un gran ascendente sobre la menor, que el Tribunal de instancia declara expresamente en el Fundamento Jurídico segundo *in fine* (y que además fuera su profesor de danza al que tenía un «*metus reverentialis* como tal»), al aprovechar la autoridad y capacidad de influencia proporcionadas por su condición de profesor para alcanzar una posición de confianza que una vez utilizada, utilizó para encaminar a la joven a satisfacer sus deseos sexuales (STS de 14 de febrero de 2000), encontrándonos, como recuerda la STS de 21 de enero de 2000, citada en el recurso, no ante un supuesto de «falta» de consentimiento, sino de consentimiento viciado por el abuso de superioridad.

La concurrencia de todos estos factores comporta la existencia del elemento objetivo del abuso de preavallimiento, es decir, la situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la menor.

En relación con el elemento subjetivo, es decir, el aprovechamiento de esta situación de superioridad basta decir que el acusado disponía de madurez suficiente para poder comprender la trascendencia del hecho y el daño que a la normal evolución y desarrollo de la personalidad de la menor le estaba ocasionando.

En consecuencia, el motivo casacional debe ser desestimado.

(Sentencia de 7 de noviembre de 2005)

## ARTÍCULO 250.1.2.<sup>º</sup>

*Estafa procesal: Elementos que integran el tipo. Existencia: interpolación de una demanda en juicio ejecutivo en ejecución del importe de unas cambiales a conciencia de que éstas no obedecían a negocio*

*jurídico alguno ni a ningún crédito real, intentando obtener torcidamente una resolución favorable*

Quinto.—En cuanto a la indebida subsunción de los hechos en el tipo de estafa procesal del artículo 250.2.º CP, el motivo tercero alega que el hecho de formular una demanda ante la autoridad judicial basada en unas cambiales aceptadas por los querellantes, aunque fuesen letras de favor y un pacto de no ejecución, excluye el elemento esencial del engaño que requiere el tipo penal.

La modalidad agravada de estafa conocida como estafa procesal, tipificada en el artículo 250, 1 2.º del vigente Código Penal, se justifica en cuanto con tales conductas se perjudica, no sólo el patrimonio privado ajeno sino también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, al utilizar como mecanismo de la estafa el engaño al Juez, que debe tener entidad suficiente para superar la profesionalidad del Juzgador y las garantías del procedimiento.

Como recuerda la Sentencia de 22 de abril de 1997, esta modalidad fraudulenta normalmente se produce cuando una de las partes engaña al Juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos de la otra parte, debiendo reconocerse que «las posibilidades de inducir a engaño a un Juez aparecen más realizables en el proceso civil en el que tiene que permanecer inactivo y neutral ante las aportaciones de las partes y dejar que ellas decidan sobre el objeto del litigio» (STS de 9 de marzo de 1992). «La peculiaridad de estas estafas radica en que el sujeto engañado es el titular del órgano jurisdiccional a quien por la maniobra procesal correspondiente se le induce a seguir un procedimiento y a dictar resoluciones que de otro modo no hubiera dictado, no coincidiendo la persona del engañado, que por el error inducido realiza el acto de disposición (el juez) con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado), dualidad personal que aparece expresamente prevista en el propio texto del artículo 248.1 del Código Penal cuando nos habla de «perjuicio propio o ajeno» (STS de 4 de marzo de 1997).

Lo que no cabe, como modalidad agravada de estafa, es que debe cumplir todos los requisitos exigidos en la definición de la estafa ordinaria recogida en el artículo 248.1 del Código Penal, como son: el engaño; el error debido al engaño; el acto de disposición –en este caso resolución judicial– motivado por el error; el perjuicio propio o de tercero derivado del acto de disposición; el ánimo de lucro; y la relación de imputación que debe mediar entre estos elementos, a los que debe añadirse, en esta modalidad agravada, la simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal (véanse SSTS de 30 de septiembre de 1997 y 22 de abril de 1999, entre otras).

Así, la STS de 21 de febrero de 2003, por ejemplo, confirmaba la condena por ese tipo delictivo declarando que el carácter fraudulento de la actuación procesal del demandante depende de la presencia del ánimo de lucro en la conducta de quien, consciente de que el demandado nada le adeuda, pretende obtener un beneficio económico ilícito mediante una resolución judicial provocada por aquél amparado en un contrato inválido o inexistente, de suerte que la presentación de demanda con apoyo en un contrato invalidado –o realmente inexistente por ausencia absoluta de causa, añadimos– constituye la puesta en escena suficientemente engañosa para suscitar el error del Tribunal civil al que iba dirigida, y por tanto, la tentativa de estafa por la que se ha condenado al recurrente.

En consecuencia, también se dan en el caso presente los elementos que integran el tipo aplicado, pues el medio empleado para provocar el engaño del juez ha sido la interposición de una demanda en juicio ejecutivo en ejecución del importe de unas cambiales a conciencia de que éstas no obedecían a negocio jurídico alguno ni a nin-

gún crédito real, y sabiéndolo, consciente y maliciosamente el acusado intentó obtener torcidamente una resolución favorable.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 28 de octubre de 2005)

## ARTÍCULO 252

*Apropiación indebida: sociedad de gananciales: Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, adoptado en su sesión de 25 de octubre de 2005: el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión del delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la excusa absolutoria del artículo 268 CP; existencia: marido que en plena crisis matrimonial inminente a la separación se apropió de los fondos pertenecientes a la sociedad de gananciales*

Segundo.-1. En el segundo de los motivos denuncian la indebida aplicación del artículo 252 del Código Penal, arguyendo que la disposición económica se realizó constante en el matrimonio, por lo tanto ejerciendo la administración del capital que pertenecía a su sociedad de gananciales, la cual no había sido ni disuelta, ni liquidada.

El tema planteado ha sido objeto de escasos pronunciamientos de esta Sala y, en ocasiones, la solución no ha sido uniforme. Así, en algún pronunciamiento se ha negado la tipificación en la apropiación indebida entre esposos respecto de dinero o efectos pertenecientes a una sociedad de gananciales, cuando la misma no ha sido liquidada, porque «no se da el supuesto típico de la tradición o entrega, en virtud de alguno de los títulos a los que hace referencia el artículo 252 del Código Penal, por lo que la cuestión debe ser dilucidada en la vía civil» (STS de 29 de septiembre de 2003), o porque, al no estar liquidada, no puede hablarse de propiedad de uno de los cónyuges y no resulta posible hablar de un delito de apropiación indebida desde el momento que el sujeto activo de dicha infracción penal nunca podrá ser quien es titular de la cosa y por tanto no la tiene en su poder por alguno de los títulos que el Código Penal prevé como título que produzca obligación de devolver la cosa. Estos pronunciamientos, y en parecidos términos los de Audiencias provinciales, se han apoyado en una consolidada jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo que tiene establecido, al tratar el tema de las cuentas corrientes indistintas, que «la titularidad indistinta lo único que atribuye a los titulares frente al Banco depositario es facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí sola, la existencia de un condomino y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta» (SSTS de 8 de febrero de 1991, 7 de junio de 1996, 29 de septiembre de 1997, 5 de julio de 1999 y 29 de mayo de 2000, todas de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo).

Otras Sentencias, STS de 1 de febrero de 2005, en sentido contrario, confirman una condena por apropiación indebida, señalando que «plantea (el recurrente) que no se han realizado liquidaciones. La doctrina de esta Sala tiene señalado (véanse Sen-

tencias de 27 de diciembre de 2002 y anteriores que cita) que la incidencia, para la calificación jurídica penal de una conducta, de la inexistencia de una previa liquidación de cuentas entre las partes depende de cada caso particular, tratándose de apropiación indebida. Y, en el supuesto que nos ocupa, la Audiencia ha contado con elementos suficientes, que especifica, para concluir que el resultado de la liquidación implica, de todas maneras, una apropiación o distracción por el acusado, mandatario, de bienes patrimoniales muebles que debía haber reintegrado a Guadalupe; y que la cuantía de esa defraudación excede del mínimo legal».

También en la STS de 5 de febrero de 2004, se razona sobre la tipicidad de la disposición de bienes gananciales por el marido, cuando se han revocado los poderes de disposición, en el delito de apropiación indebida. «No obstante, es evidente también que el acusado había vulnerado sus deberes frente a la persona que lo autorizó a cargar gastos en su cuenta y, de esa manera, infringió un deber de confianza mediante una distracción de dinero en el sentido del artículo 252 CP. Es decir: debió ser condenado por la comisión de un delito de administración desleal y no por el delito de estafa. Consecuentemente: la subsunción practicada en la sentencia recurrida es errónea, pues no se da ninguno de los elementos del tipo de la estafa. Ello no quiere decir que la conducta del recurrente, que no ha negado en ningún momento haber hecho las compras que fueron cargadas en la cuenta de la perjudicada, sea penalmente irrelevante, toda vez que su acción constituye una distracción del dinero en el sentido del artículo 252 CP».

Esta disparidad de soluciones dio lugar a que la Sala encargada del conocimiento del recurso acordara la elevación de la cuestión al Pleno no jurisdiccional de la Sala II para unificar los criterios dispares, reunión que tuvo lugar el pasado día 25 de octubre, que acordó que «el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absolutaria del artículo 268 del Código Penal».

2. La jurisprudencia de esta Sala, desde antes del Código Penal de 1995, STS de 31 de mayo de 1993, 15 de enero de 1994, 1 de julio de 1997, 26 de febrero de 1998 y otras, que conforman una dirección jurisprudencial consolidada (SSTS de 31 de enero de 2005, 2 de noviembre de 2004 y las que citan), ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, como antes hemos expuesto, de manera que «en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron». STS de 31 de enero de 2005. Así, en la Sentencia de 12 de mayo de 2000, se declaraba que el artículo 252 del vigente Código Penal, sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición actúa. En esta segunda modalidad de apropiación, consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el artículo 252 del Código Penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad (cfr. STS de 16 de septiembre de 2003), sin que sea precisa

la incorporación al propio patrimonio de lo distraído, aunque normalmente así ocurra.

Esta consideración de la apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal, parte de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, se apropiaren y distrajeren, y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito, de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Señalado lo anterior, analizamos la impugnación desde el hecho probado y su subsunción en el artículo 252 CP. En síntesis el relato fáctico declara que el marido, en plena crisis matrimonial, que determinó la presentación de una demanda de separación, ejercitando las funciones de la administración de bienes de la sociedad de gananciales, los desvía de su destino propio y, además, los incorpora a su patrimonio. Para analizar la subsunción hemos de atender al régimen del sistema de gananciales dispuesto en el Código Civil. La sociedad de gananciales se integra por los bienes obtenidos por el trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges; sus frutos, rentas o intereses; etc., de acuerdo al artículo 1347 del Código Civil. Los cónyuges, salvo pacto expreso, ostentan facultades de administración de la sociedad de gananciales (art. 1375 CC), necesitando el consentimiento, expreso o tácito, anterior o posterior, del otro cónyuge para la realización de disposiciones sobre esos bienes (art. 1377 CC). Sobre los gananciales existe una expectativa de atribución por mitad de los mismos, al tiempo de la disolución (art. 1344 CC) (STS, Sala I, 12 de junio de 1990). La sociedad de gananciales es la titular de los bienes y los esposos son considerados terceros respecto a esa masa común, disponiendo, los artículos 1362 y ss. del CC las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, es decir, las atribuciones a que deben dedicarse los bienes gananciales a través de los administradores. Es decir se trata de una masa patrimonial, ajena a la propiedad de cada esposo, respecto a la que los esposos tienen facultades de administración en los términos dispuestos en el Código Civil.

Del relato fáctico observamos que el acusado, a través de su madre como instrumento que actúa sin dolo, conforme hemos expuesto en el anterior fundamento, realiza actos de disposición de los bienes gananciales en dos momentos, tres días antes y tres días después de la presentación de la demanda de divorcio ante los tribunales de residencia del matrimonio en Suiza, por lo tanto sabedor de la inminente disolución de la sociedad de gananciales, en los hechos del 17 de junio, y cuando las facultades de administración habían cesado, por aplicación del artículo 102 del Código Civil, respecto a los hechos del 24 de junio, pues el día 20 se había presentado la demanda de separación. Los actos de administración han de ser reputados fraudulentos, en todo caso con manifiesta infidelidad respecto a las exigencias de administración de los bienes comunes integrados en la sociedad de gananciales, pues realiza actos, desde la administración que ostenta, que perjudican el patrimonio de la sociedad en un depósito a plazo fijo por un importe de 12 millones de pesetas que hace desaparecer y, al tiempo, las inminentes expectativas de la esposa de atribución de la mitad de los bienes de sociedad. En puridad es la sociedad de gananciales la perjudicada en la apropiación de los bienes por el acusado, pues es a la sociedad a la que se detrae el dinero existente en la cuenta corriente y a ella debería serle reintegrado los 12 millones distraídos, pero la sentencia impugnada, desde la vinculación de los escritos de acusación ha anticipado la disolución de la sociedad atribuyendo por mitad los bienes de la sociedad.

No procede la pretensión de liquidación de la sociedad de gananciales, como premisa previa a la existencia del delito de apropiación, pues desde los hechos probados el contenido de la apropiación por administración desleal aparece claro en la desviación de la masa ganancial de los 12 millones de pesetas que a ella pertenecían y de la que el acusado se apropió en los términos establecidos. Tal liquidación pudiera ser necesaria si en la instrucción de la causa se alegara, o resultara, unas actuaciones que indicaran una actuación dirigida a la compensación patrimonial, pero nada de esto se ha alegado ni resulta de la causa. Por el contrario, el acusado, que nada alega al respecto que pueda ser considerado como principio de prueba de una causa de justificación de la distracción, el atender cargas de la sociedad, por ejemplo, se limita a negar su intervención en los hechos, que imputa a su madre y a manifestar su creencia sobre la desaparición en un robo.

La conducta del acusado es la de un administrador infiel que abusando de su cargo con respecto a los bienes gananciales que administra los distrae de su destino, en los términos que resultan del Código Civil, en perjuicio de la masa ganancial y, a la postre, de la cónyuge. En otros términos, los hechos probados, la disposición fraudulenta de bienes gananciales, son típicos del delito de apropiación indebida en su modalidad de administración desleal, pues las facultades del administrador son empleadas en fraude de la masa ganancial y, a la postre, del otro cónyuge.

Este planteamiento es general para toda administración fraudulenta de bienes gananciales, y afectará tanto a las deslealtades producidas en situaciones de crisis de la convivencia, como a situaciones de normalidad. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que el Código prevé la excusa absolutoria del artículo 268 para los supuestos de delitos patrimoniales entre esposos que no estuvieren separados legalmente, o de hecho o en proceso legal de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, por lo que la responsabilidad penal desaparece, pese a la tipicidad de la conducta, en los supuestos de constante matrimonio o de relación de análoga significación, en los términos que fue aprobada en la reunión del Pleno de esta Sala de 1 de marzo de 2005.

Consecuentemente, los hechos que se declaran probados están correctamente subsumidos en el tipo de la apropiación indebida. Además, la conducta descrita en el hecho probado se enmarca en lo que, desde alguna legislación penal moderna, se ha tipificado como delitos de violencia intrafamiliar, en su manifestación de violencia patrimonial, en los supuestos en los que uno de los cónyuges, abusando las competencias de administración de los bienes comunes, los detrae en perjuicio de la masa común, en un primer momento, y del otro cónyuge, en definitiva.

(Sentencia de 7 de noviembre de 2005)

## ARTÍCULO 318 BIS

*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España: inexistencia: alojar a inmigrantes ilegales a cambio de precio: el hecho básico tiene que estar conectado con otras conductas de favorecimiento de la inmigración, pues el alojamiento en sí, sin otras connotaciones, es un acto penalmente impune*

Segundo.-El motivo primero se plantea por la vía del artículo 849.1.<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Criminal manteniendo que se le ha aplicado indebidamente el artículo 318 bis del Código Penal. 1. Comienza prometiendo respeto al hecho probado pero después dedica todo su esfuerzo impugnativo a desmenuzar las numerosas pruebas existentes a lo largo de las actuaciones. Esta tarea resulta inútil y entra en contradicción con sus propias argumentaciones. 2. Para afrontar la tesis del recurrente debemos trasladarnos al relato fáctico y comprobar sobre qué hechos o actuaciones se asienta la calificación jurídica aplicada.

Se afirma que, ante la denuncia de que tenía en su casa unos quince inmigrantes ilegales, se realizó una vigilancia externa observándose por los funcionarios gran número de personas en la misma. Ante la presencia de la policía salieron precipitadamente algunos de ellos que fueron detenidos e identificados comprobándose que los ciudadanos marroquíes carecían de documentación que les habilitara para entrar y permanecer en el territorio español, circunstancia conocida por el acusado.

Esta Sala no duda que el acusado conocía de manera total y completa que estaba alojando en su casa a ciudadanos marroquíes que habían entrado ilegalmente en España, por lo que lógicamente carecían de papeles acreditativos de su residencia. 3. El tipo penal del artículo 318 bis del Código Penal, contempla conductas de favorecimiento, promoción o facilitación del tráfico ilegal de personas. Aislando esta expresión del resto del contenido de los numerosos apartados del mencionado artículo es evidente que acoger a ciudadanos extranjeros que entraron ilegalmente, supone una prestación, de ayuda o auxilio, remunerado o no, que se concreta en el albergue o acogimiento de extranjeros sin papeles.

El tipo penal se construye sobre un elemento nuclear que no es otro que el tráfico ilegal de personas desde o hacia el territorio español.

A partir de esta base se va componiendo un andamiaje que soporta diversas conductas que amplían y agravan el tipo básico. 4. En primer lugar, se agrava el reproche cuando los actos típicos se realizan con ánimo de lucro o por medio de violencia, intimidación o engaño o abusando de la situación de necesidad de la víctima. Es evidente que esta conducta no concurre en el acusado, ni tampoco existe engaño o violencia. Una interpretación contextual del tipo nos lleva a conectar necesariamente el alojamiento con una fase posterior de colaboración con los que organizan y dirigen la entrada ilegal. En una segunda fase, se puede cooperar ofreciendo la estructura del alojamiento clandestino para eludir los controles callejeros de la policía. Este dato no se da en el caso presente o en todo caso, no se concreta en el relato fáctico. 5. El segundo aspecto agravatorio del tipo nos sitúa también ante la conducta típica de promoción u organización del viaje, ya que no se podría comprender muy bien como una conducta de alojamiento, de las características de la que estamos examinando, puede poner en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas si no se refiere a la fase de entrada. No nos encontramos ante unas condiciones de alojamiento infrahuumanas, ni consta la existencia de detenciones ilegales. Una interpretación lógica y sistemática del precepto nos lleva a considerar que el hecho típico no es el acogimiento aislado de las actividades del tráfico sino la colaboración activa con el paso ilegal de personas extranjeras.

Si complementamos esta argumentación con el texto general de la Ley de Extranjería, el artículo 54.1 de la Ley 8/2000 nos da una clave interpretativa, al considerar como infracción administrativa muy grave, inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito. Es decir, el hecho básico tiene que estar conectado con otras conductas pero si no se prueba esta conexión el alojamiento, sin otras connotaciones, es

un acto penalmente impune. Si el bien jurídico protegido es la protección de los intereses y derechos de los extranjeros frente a las conductas que se describen en el tipo del artículo 318 bis del Código Penal, no existe lesión alguna por albergar a éstos, mientras tratan de regularizar su situación o sustraerse a la fiscalización de los agentes de inmigración o policiales, aunque sea mediante el cobro de una cantidad por el alojamiento. Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 19 de octubre de 2005)

## ARTÍCULO 368

*Tráfico de drogas: La invitación gratuita al consumo sigue siendo conducta delictiva. Promover, favorecer o facilitar el consumo: existencia: ofrecimiento de porros y de varias rayas de cocaína a menores*

La jurisprudencia ha caracterizado el delito del artículo 368 CP como un delito de peligro abstracto. Estos delitos de peligro abstracto, han sido definidos en la doctrina como aquellos cuyo fundamento de punibilidad es la peligrosidad general, independientemente del caso concreto, por lo que no se requiere que el bien objeto de protección haya corrido un peligro real. Ello permite que estos delitos sean formulados como delitos en los que la acción tenga una determinada aptitud generadora de peligro. Este punto de vista ha sido ratificado por la decisión del Pleno no jurisdiccional del 3 de febrero de 2005. En el caso del tipo del artículo 368 CP el objeto de protección mencionado por el legislador es especialmente inconcreto, pues la salud «pública» no existe como un objeto real ni como la suma de la salud de personas individualmente consideradas. La finalidad del legislador, más que la de evitar daños en la salud individual de las personas, es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que puede causar en la población. La jurisprudencia más reciente de esta Sala ha superado las discrepancias que existieron en relación con la caracterización de la peligrosidad de la acción, afirmando que todo acto de tráfico con dosis psicoactivas es suficiente para configurar el nivel de peligro típicamente exigido (STS de 15 de marzo de 2005).

Ahora bien, el bien jurídico protegido sufre lo mismo si la transmisión de la droga es onerosa como gratuita y por eso la jurisprudencia de esta Sala ha considerado típica la donación incluso cuando desapareció nominalmente del antiguo artículo 344 CP por la reforma LO 8/83 de 25 de junio, pues no es necesario, para que se cometa el delito que se haya obtenido beneficio económico y ni siquiera prenderlo (SSTS de 17 de octubre de 1990, 20 de septiembre de 1991 y 28 de septiembre de 1992). La jurisprudencia (STS de 12 de abril de 2002), ha seguido manteniendo que la invitación gratuita al consumo sigue siendo delictiva, admitiendo sólo en algunos casos, siempre excepcionales, la atipicidad de la conducta en el llamado consumo compartido como modalidad del autoconsumo no punible, o en aquellos otros, también excepcionales, en que por un fin loable y altruista se ha facilitado una pequeña cantidad de droga para ayudar, a quien ya es drogadicto, en su proceso de deshabituación o para impedir los riesgos de un posible síndrome de abstinencia, pero nunca cuando los que reciben la droga no son drogodependientes como sucedió en el caso enjuiciado pues Carmen sólo era consumidora esporádica y no había, hasta entonces, esnifado cocaína.

Por tanto, la tutela reforzada de los menores ampara tanto a quien todavía no se ha iniciado en el consumo, como a quien ya lo ha hecho, pues en ambos casos consti-

tuye un riesgo relevante para la salud (STS de 28 de junio de 2002), siendo suficiente la oferta de la droga poniéndola en condiciones de acceder a ella, lo que hubiera obligado a aplicar el subtipo agravado del artículo 369.1 (actual núm. 5.º), salvo que se haya estimado aun cuando la Sala de instancia nada dice al respecto, concurrente la doctrina sentada por la Sentencia de esta Sala de 13 de diciembre de 2004, en relación a que si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha venido excluyendo la punibilidad de determinadas conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes por falta de antijuridicidad material, cuando la cantidad de principio activo objeto de la acción (por debajo de la dosis mínima psicoactiva) es tan escasa que no afecta al bien jurídico protegido, la salud pública, —en el caso enjuiciado es el que no se ocupó sustancia alguna, su cantidad tuvo que ser necesariamente mínima al referirse la menor siempre a «rayas» de cocaína, sin embargo, ello debe entenderse en línea de principio aplicable cuando se trata de personas adultas pero no cuando son menores a los que se suministra el estupefaciente, teniendo en cuenta la especial protección que conllevan, y que dicho suministro sí genera un favorecimiento de las normas y un «efecto psicológico que en absoluto es inocuo y entraña ese potencial riesgo para la salud pública». Ahora bien, siendo ello así, evidentemente el *non bis in idem* obliga a aplicar el tipo básico y no el subtipo agravado previsto en el artículo 369.1 CP, pues es claro que la tipicidad tiene lugar por la especial consideración como menores de los destinatarios de la sustancia, luego si además tuviésemos en cuenta el subtipo agravado el mismo hecho sería objeto de una doble consideración penológica.

(Sentencia de 7 de noviembre de 2005)

## ARTÍCULO 457

*Simulación de delito: Elementos: se excluye su comisión culposa. La actual línea jurisprudencial considera a esta figura como un delito de resultado, que estaría constituido por la actuación procesal subsiguiente, de suerte que en el ámbito de la ejecución se admite la tentativa en aquellos casos en los que la notitia criminis o denuncia simulada no llega a producir una actuación procesal, por lo que, a la postre, este elemento del tipo ya no se estima como una condición objetiva de punibilidad, sino como el resultado de la acción típica. Denunciar una infracción penal inexistente, un robo con fuerza en las cosas en el local comercial del acusado: denuncia en Comisaría que motivó la apertura de procedimiento judicial acordando el sobreseimiento provisional por autor desconocido*

En relación a este último delito se sostiene en el motivo que no ha habido ninguna simulación ya que los hechos son ciertos y reales y además tampoco se ha producido actuación procesal alguna, pues el Juzgado de Instrucción núm. 40 a quien correspondió tramitar la denuncia, no investigó la existencia de la autoría del delito denunciado, limitándose a dictar auto de archivo.

El desarrollo argumental de este submotivo hace necesario recordar los elementos que configuran este delito, que son (STS de 23 de diciembre de 2004):

- a) La acción de simular ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciar una infracción de este tipo inexistente en realidad, siendo el destinatario de

la acción un funcionario judicial o administrativo que ante la noticia del delito tenga profesionalmente la obligación de proceder a su averiguación.

*b)* Que esa actuación falsaria motive o provoque alguna actuación procesal. A este respecto, la STS de 24 de enero de 1994 declaraba que «en todo caso, la simulación de delito se produce cuando se lleven a cabo determinados actos que se sabe, y a ello están destinados, van a provocar la intervención policial y posteriormente la judicial, iniciándose las correspondientes diligencias procesales».

*c)* El elemento subjetivo que se integra con la conciencia de la falsedad de aquello que se dice y la voluntad específica de presentar como verdaderos hechos que no lo son, lo que excluye la comisión culposa.

En cuanto a la actuación procesal provocada o generada por la acción típica, es cierto que tradicionalmente se venía considerando por la doctrina de esta Sala como una condición objetiva de punibilidad en un delito de mera actividad, lo que determinaba, de otra parte, la exclusión de la posibilidad de la tentativa, al situarse el momento consumativo en el momento en que la falsa *notitia criminis* llegaba al conocimiento del funcionario que tenía el deber de su averiguación.

Sin embargo, la actual línea jurisprudencial considera a esta figura como un delito de resultado, que estaría constituido por la actuación procesal subsiguiente, de suerte que en el ámbito de la ejecución se admite la tentativa en aquellos casos en los que la *notitia criminis* o denuncia simulada no llega a producir una actuación procesal, por lo que, a la postre, este elemento del tipo ya no se estima como una condición objetiva de punibilidad, sino como el resultado de la acción típica (STS de 20 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996 y 9 de enero de 2003).

En consecuencia, aun en el supuesto de que, en efecto, no se hubiera llegado a producir actividad procesal alguna como resultado de la denuncia de un delito de robo que se sabía inexistente, ello no supondría la atipicidad de la conducta sino únicamente su calificación como delito intentado.

Pues bien, en relación a la certeza y realidad de los hechos denunciados no podemos olvidar que el recurso de casación es un recurso, que en términos generales, parte de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, por lo que a ellos ha de estarse. El sistema únicamente permite dos formas de atacar el hecho probado con la intención de obtener su modificación: una, por la vía de la alegación de infracción del derecho a la presunción de inocencia (es decir, infracción de precepto constitucional) y, otra, por la vía del error en la apreciación de la prueba previsto en el artículo 849.2 LECrim. En el caso que se analiza ya se ha desestimado el motivo segundo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que cuestionaba la actividad probatoria desplegada en el juicio oral como suficiente para deducir razonablemente la existencia de un resultado probatorio que pudiera estimarse «de cargo» del que concluir la existencia de los delitos imputados.

Incólume, por tanto, el relato fáctico, tal como exige el motivo por infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim y reiterada jurisprudencia (STS de 6 de mayo de 2002, 22 de octubre de 2002, 25 de febrero de 2003), señala al ser tal vía camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente. Pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, de acuerdo con lo que prevé el artículo 884.3 de la misma Ley procesal. Dichos hechos probados, en particular los apartados que se refieren a que la última

solicitud de ampliación de capital asegurado con Catalana Occidente fue realizada el 29 de agosto de 1997 por Francisco y pedía una ampliación de capital hasta 110.000.000 de pesetas y al mismo tiempo sacó todas las alfombras que tenía en el local de la calle Serrano y las llevó a la nave de la avenida de Logroño, 457, de Madrid, donde las ocultó con el consentimiento y de acuerdo con Baltasar, a que el 19.97 Francisco presentó en la Comisaría de Policía de Chamartín, una denuncia en la que relataba que personas desconocidas habían forzado la ventana del local de la calle Serrano, 220 y se habían apoderado de 300 alfombras valoradas en 110.000.000 de pesetas, y de un ordenador portátil marca Toshiba valorado en 500.000 pesetas, y que habían causado daños por importe de 25.000 pesetas, y a que el 15.198 se practicó en la nave 13 de la avenida de Logroño, 457, una entrada y registro, que había autorizado la titular del Juzgado de Instrucción núm. 40 de Madrid, en auto de esa misma fecha, encontrando el Secretario Judicial y los funcionarios de policía 117 alfombras de las denunciadas como sustraídas, permiten al Tribunal de instancia llegar a la conclusión lógica y racional de que el robo denunciado era inexistente, limitándose esta Sala a constatar que tal inferencia responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o de los criterios científicos. Y con respecto a la denunciada «ausencia absoluta de actividad procesal» que señala el recurrente, no es tal atendiendo, como es de rigor, dado el cauce casacional utilizado, del escrupuloso respeto de los hechos probados. Pues lo cierto es que allí se deja constancia que la denuncia –a que antes hemos hecho referencia– fue repartida al Juzgado de Instrucción núm. 40 de Madrid, el cual incoó las diligencias previas 4906/97 en las que se dictó inmediato auto de sobreseimiento provisional de 4.9.97 por falta de autor conocido.

Se trata, pues, de actuaciones genuinas e indudablemente de carácter procesal ejecutadas por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones en relación con un delito de robo con fuerza que determinó la apertura del oportuno procedimiento judicial y su sobreseimiento provisional por no aparecer autor conocido, como causa prevista en el artículo 641 LECrime, lo que dejaba latente el proceso en tanto la policía judicial realizará las investigaciones oportunas para la identificación y detención de los autores del hecho denunciado, en cuyo momento se produciría la reapertura y se proseguiría la subsiguiente actividad procesal correspondiente. Sin olvidar que las diligencias policiales practicadas en esclarecimientos y averiguación de los hechos delictivos denunciados se incorporan al procedimiento judicial incoado, bajo el control del Juez que las asume y evalúa procesalmente a los efectos de dictar las resoluciones procedentes.

Ha existido, en suma, la actuación procesal que niega el recurrente, siendo en este punto atinada la STS de 27 de noviembre de 2001 que declara con nitidez: «El concepto de actuación procesal supone que el órgano judicial que recibe la denuncia, realice algún género de actividad procesal, aunque ésta sea mínima. Por tanto no basta con la mera recepción de la denuncia, si ésta no va seguida de alguna actividad judicial. En el caso de una denuncia de un delito inexistente, en la que no se facilitan datos sobre la persona a la que pueda ser atribuida la autoría del hecho, nos encontramos ante un supuesto frecuente de autor desconocido que provoca necesariamente la incoación de unas Diligencias Previas y posteriormente la redacción o el acuerdo de un Auto de archivo y sobreseimiento, por no existir de momento un autor conocido. Todos estos trámites se han cumplido en el caso presente por lo que el requisito que condiciona la aplicación del tipo, se ha producido perfeccionándose la figura delictiva de la denuncia falsa». Consecuentemente si bien el auto de incoación de las Diligencias Previas se acordó el sobreseimiento al no resultar identificada persona alguna como autor del delito falsamente denunciado, dicha actuación jurisdiccional necesariamente debe integrar el concepto de actuación procesal a los fines anteriormente señalados

pues la única actuación procesal posible ante una denuncia sin presunto autor conocido es la incoación de diligencias y el sobreseimiento provisional. Y es que si la imputación se hubiera dirigido contra persona determinada la infracción criminal cometida sería la tipificada en el artículo 456 del CP. A mayor abundamiento, si bien, aquellas diligencias previas 4906/97 fueron archivadas, con fecha 17 de octubre de 1997 se decretó su apertura como consecuencia de las investigaciones policiales, acordándose por auto de la misma fecha la intervención, grabación y escuchas de los teléfonos, pertenecientes a los acusados, y por auto de 15.198 la entrada y registro en los domicilios de los mismos y nave de avenida de Logroño, 457, en consecuencia no puede cuestionarse la existencia de actuaciones judiciales.

(Sentencia de 19 de octubre de 2005)

### ARTÍCULO 490.3

*Delitos contra la corona: injuriar al Rey en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas: existencia: decir del Rey de España que es el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia. Frases injuriosas que sobrepasan el derecho a la libertad de expresión e información y que por sí mismas revelan el ánimo de injuriar*

Primero.—El Ministerio Fiscal, en el único motivo de su recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invoca infracción, por inaplicación, del artículo 490.3 del Código Penal.

Entiende el Ministerio Fiscal que el Tribunal que ha dictado la sentencia recurrida ha procedido con olvido de la constante jurisprudencia que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han venido formulando en relación con los límites del ejercicio de la libertad de expresión, y en el desarrollo del motivo se recogen sentencias correspondientes a esa jurisprudencia. Sigue diciendo el Ministerio Fiscal, en defensa de su recurso, entre otros extremos, que reconociendo que el ejercicio de la libertad de expresión debe contemplarse con preferencia especialmente cuando se trata de ejercer en el debate político y como crítica a las instituciones, no obstante la sentencia que se recurre al identificar los derechos fundamentales en juego, por un lado el derecho al honor que como Monarca y persona tiene S.M. El Rey de España, y de otra el derecho a la libertad de expresión que corresponde al acusado, el Tribunal de instancia no ha efectuado con corrección legal, ni constitucional, la preceptiva ponderación en la confrontación de tales derechos. Sigue diciendo el Ministerio Fiscal, que el relato fáctico contiene expresiones claramente calumniosas e injuriosas para el Monarca habida cuenta de su carácter claramente innecesarias y desproporcionadas a la finalidad de crítica política que podía perseguir el Sr. Arnaldo al formularlas y que la sentencia recurrida ignora la especial protección que el tipo penal en cuestión ofrece normativamente para con los bienes jurídicos protegidos, por un lado el honor y por otro la dignidad de la Institución, lo que por otra parte no es sino la expresión de la consideración que la Constitución española tiene para el papel moderador de una monarquía constitucional y parlamentaria como la que se dibuja en los artículos 56-64 de la Constitución y cuya expresión última supone además la inviolabilidad de la figura del Monarca.

Refiriéndose a la libertad ideológica y tras reseñar la jurisprudencia aplicable, señala el Ministerio Fiscal que el Sr. Arnaldo no sólo declara que el Rey español «ampara la tortura», sino que afirma que «impone su régimen monárquico a través de la tortura y la violencia». Por lo que el orden público tutelado por la Ley se ve así sobrepasado, pues se introduce el criterio de violencia, límite de la libertad ideológica. Sigue diciendo que no hay derechos absolutos e ilimitados, también lo es la libertad ideológica y en el supuesto que nos ocupa tales límites han sido excedidos. La unión de las afirmaciones que imputa al Rey, el amparo de la tortura y el uso de la violencia, así lo evidencian. También el derecho fundamental a la libertad ideológica se ha utilizado fuera de la protección constitucional, por lo que tampoco puede servir como causa de justificación de una conducta típica. Para censurar políticamente al Lehendakari (objeto principal de sus declaraciones, según el propio imputado) no resultaba en absoluto necesario ni proporcionado el insulto al Rey (que no era el sujeto directamente criticado), llamándole torturador y violento. En caso contrario, cualquier insulto a la persona física que detenta un alto cargo institucional podría verse amparado por la libertad ideológica, pues podría alegarse que lo que en realidad se efectuaba era una crítica a la institución política que encarna, con la que el autor se encuentra en desacuerdo. El delito de injurias al Rey devendría un delito imposible, y ello, aparte de absurdo, contradice la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo. Así las cosas, la Sala de instancia tampoco ha ponderado adecuadamente el derecho a la libertad ideológica del imputado, por lo que la sentencia absolutoria impugnada debe ser revocada, dictándose en su lugar otra por la que se condene a D. Arnaldo como autor de un delito de injurias al Rey, previsto y penado en el artículo 490.3 del Código Penal, en relación con el artículo 208 del mismo texto legal, a la pena de quince meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, con expresa condena en costas.

La sentencia recurrida por el Ministerio Fiscal sustenta su pronunciamiento absolutorio en el ejercicio de la libertad de expresión. Tras señalar que las declaraciones del acusado son claramente ofensivas, impropias, injustas, oprobiosas y ajenas de la realidad, añade que, sin embargo, no es posible determinar su antijuridicidad penal acorde con la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la libertad de expresión y que en este caso el derecho a la libertad de expresión tiene carácter preponderante respecto al honor, señalando que no se trata de una cuestión referente a la vida privada del Jefe del Estado sino del rechazo de la vinculación del poder político fundado en el carácter hereditario de la institución que aquél personalmente simboliza y a la vez del desconocimiento de la autoridad que de ella emana como manifestación de la idea que el autor quiere difundir, en tanto contrario a la forma de Estado adoptada por la Constitución de 1978. Sigue diciendo, entre otros extremos, que la crítica de una institución constitucional no está excluida del derecho a la libertad de expresión, y en tales casos éste adquiere, frente al derecho al honor, el carácter de un derecho constitucional prevalente en tales materias, y que las declaraciones del acusado se realizaron en el ámbito que puede sin dificultad considerarse de carácter público –político e institucional.

La parte recurrida, que actúa en defensa del acusado, impugna el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, argumentando en defensa de la sentencia absolutoria, entre otros extremos, que el relato de hechos no contiene expresión injuriosa o vejatoria alguna y que en absoluto son desproporcionados dentro del contexto político en el que se desarrollan las manifestaciones; que las frases no se dirigían directamente al Rey, sino al Lehendakari; que no se ha producido lesión de la dignidad; que la gravedad objetiva del hecho en el sentido público no existió en absoluto; que se deben ponderar los factores concurrentes; que no existe *animus iniuriandi* y que lo que

existe es un *animus criticandi*; que el Sr. Arnaldo habla del Jefe de los torturadores como algo genérico y sin concreción; que el Rey es una persona pública y debe sopor tar cualquier crítica siempre que tenga relación con su cargo; que no existe insulto; que sería de aplicación la *exceptio veritatis*, al sostener que han existido malos tratos y torturas cometidas por funcionarios públicos; reitera que las declaraciones del acusado no son insultos ni expresiones vejatorias, siendo simples juicios de valor; que no le imputó delito alguno. Por último termina alegando que con respecto a la validez de la prueba videográfica hacen suyo el voto particular que da por reproducido impugnando lo que de contrario a dicho voto haya en el recurso interpuesto.

El voto particular, al que hace referencia la parte recurrida, coincide con el pronunciamiento absolutorio de la sentencia de instancia y al mismo tiempo sostiene que la cinta de vídeo aportada como prueba por el Ministerio Fiscal no ha sido legítimamente obtenida ni practicada, en cuanto no recoge en su integridad todo lo grabado, y entiende que no alcanza la categoría de prueba de cargo el documento videográfico en el que se sustentan las frases atribuidas al acusado que tienen su reflejo en el relato fáctico de la resolución mayoritaria.

Así las cosas, este Tribunal de casación, antes de dar respuesta a la infracción legal denunciada por el Ministerio Fiscal, y que se infiere del contenido del relato fáctico de la sentencia recurrida, debe examinar si ese relato fáctico se ha podido construir con vulneración de las garantías que exige el debido proceso y si se han tenido en cuenta pruebas de cargo que se han obtenido ilícitamente, como parece alegar la parte recurrida al hacer suyo el voto particular.

Lo cierto es que la defensa del acusado, como cuestión previa, al inicio del acto del juicio oral, planteó la invalidez de la prueba documental videográfica alegándose que la misma no se había obtenido con las garantías que exigen el Tribunal Constitucional y esta Sala, en cuanto el vídeo que fue visionado en la vista era un montaje integrado por diferentes grabaciones entre las que está la afectante al Sr. Arnaldo, que así queda fuera de contexto y añadió que no se había traído a la prueba a las personas que realizaron el montaje.

La Sala Civil y Penal del Tribunal de Justicia del País Vasco, en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, da puntual respuesta a estas alegaciones, rechazando la invalidez invocada, en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala que se menciona, y se recoge lo declarado en STS 968/1998, de 17 de julio, de que los vídeos no suponen una prueba distinta de una percepción visual, en tanto que la grabación no hace otra cosa que perpetuar la de una o varias personas. Si la declaración en el juicio oral, de quienes obtuvieron las grabaciones videográficas, resulta coincidente a efectos identificatorios de las personas intervenientes en la acción delictiva y con relación al propio desarrollo de los hechos que conforman dicha acción –visualizada en el plenario–, no parece reprochable tener por válido el contenido de tales manifestaciones en tanto que el cámara tuvo una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían y sus afirmaciones y explicaciones descriptivas estuvieron sometidas en dicho acto a los principios de publicidad, contradicción, oralidad e inmediación, asegurándose así la viabilidad procesal y la virtualidad incriminatoria de su testimonio sin merma de derechos constitucionales o garantías a los justiciables. Y aplicando esta doctrina al supuesto concreto que se examina, se señala que la cinta videográfica, que correspondía a una rueda de prensa y por consiguiente en un espacio público, fue visionada en el acto del juicio oral y la defensa del acusado pudo plantear cuantas objeciones estimara convenientes en orden a cuestionar la veracidad de su contenido o la manipulación de las declaraciones efectuadas por el imputado o la autoría misma de aquellas manifestaciones, sin que así lo hiciera; y de otro lado, los técnicos en imagen y sonido que

realizaron la grabación de las declaraciones del imputado, en la rueda de prensa, presentaron declaración testifical, tras nuevo visionado de la cinta, manifestando que estuvieron en dicha rueda de prensa y que realizaron la grabación de las declaraciones de Arnaldo y que se corresponden con las que aparecen en la cinta visionada, si bien la grabación por ellos realizada era más amplia y comprendía la totalidad de las declaraciones de la rueda de prensa que aquel día cubrieron. Por todo ello, el Tribunal de instancia concluye affirmando que la prueba documental videográfica se practicó con garantía, con cumplimiento de los principios de publicidad, contradicción, oralidad e inmediación y, en consecuencia, resulta válida para quebrar el principio de presunción de inocencia, quedando garantizada la autenticidad de la prueba y la ausencia de manipulación de la cinta.

Los razonamientos expresados por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco son perfectamente correctos y acordes, por lo que se deja expresado, con la jurisprudencia de esta Sala, y tras la lectura de las actuaciones y examinados los distintos momentos procesales que precedieron a la doble visión y audición de la cinta de vídeo, en el acto del juicio oral, se confirma la legitimidad de ese medio de prueba y lo lícito de su valoración por el Tribunal sentenciador.

Ciertamente, se interpone querella por el Ministerio Fiscal, en escrito de fecha 12 de marzo de 2003, al tener conocimiento de las manifestaciones que D. Arnaldo había realizado en una rueda de prensa, al considerar que varias de las frases proferidas pudieran ser constitutivas de injurias graves a S.M. el Rey. Admitida que fue la querella, el Instructor interesó, entre otras diligencias, que los medios que hubieran podido cubrir dicha conferencia de prensa le remitieran la cinta de vídeo que la hubiera recogido, y al folio 141 consta escrito, de fecha 6 de octubre de 2003, remitido por EITB (Euskal Irrati Telebista), en el que se dice que, de conformidad con lo interesado por escrito del Juzgado, de fecha 16 de septiembre de 2003, adjunto se remite grabación audiovisual correspondiente a la rueda de prensa que tuvo lugar en San Sebastián, el 26 de febrero de 2006, y que fue emitida el día 28 de febrero en nuestro informativo de la noche «Gaur Egun».

Recibida que fue esa grabación audiovisual, se extiende Diligencia, de fecha 24 de octubre, en la que se hace constar que se ha recibido, entre otros, el oficio que acompaña a dicha grabación audiovisual, quedando depositada en la Secretaría del Tribunal. Y asimismo consta su notificación a las partes.

En Auto, de fecha 27 de noviembre de 2003, se acuerda la tramitación por el procedimiento regulado en el capítulo IV, del Título II, del Libro II de la LECrim., por si los hechos fueren constitutivos de injurias graves al Rey y se acuerda el traslado al Ministerio Fiscal para que, en su caso, solicite la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación, y en el primero de los razonamientos jurídicos de esta resolución, se refiere a los hechos que se infieren de lo actuado y entre las declaraciones que se atribuyen al querellado se incluyen expresamente que el Rey de España es el responsable de los torturadores, el que protege la tortura y nos impone, bajo la tortura y la fuerza, el régimen monárquico, frases que aparecen en la grabación audiovisual recibida por el Instructor.

En los folios 161 y siguientes de las actuaciones aparece incorporado el escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal, en el que se califican las frases pronunciadas por el acusado como constitutivas de injurias graves a S.M. el Rey y se solicita, como prueba documental, la grabación audiovisual realizada por EITB, y se interesa de la Sala que tome las medidas procedentes en orden a dotar a la Sala de Vistas de los mecanismos técnicos adecuados para la visualización de la grabación audiovisual realizada por EITB, cuya remisión al Tribunal se constata al folio 141 de

la causa, y cuya práctica se interesará, como documental, por este Ministerio Fiscal, en el momento oportuno del desarrollo de las sesiones del juicio oral.

En el escrito de defensa del acusado, en el segundo de sus apartados –folio 184 de las actuaciones– se dice literalmente lo siguiente: «Pero es que además lo que dijo el Sr. Arnaldo:

- Que inauguraba el Lehendakari un proyecto con el Rey de los Españoles –cierto y no injurioso.
- Que el Rey es el Jefe supremo de las Fuerzas Armadas –cierto y no injurioso.
- Que en ese contexto es el mando último de la Guardia Civil –cierto y no injurioso.
- Jefe de los que han torturado a... y... –cierto y no injurioso–. Existe denuncia de torturas en trámite ante los Juzgados de Instrucción de Madrid.
- El Rey es la cabeza de la Armada Española –cierto y no injurioso.
- Jefe de los torturadores y nos impone bajo tortura y fuerza el régimen monárquico».

Y añade, tras esta última frase, que «es una valoración política, realizada en el ejercicio de la libertad de expresión, no injuriosa....».

En el inicio del juicio oral, el Ministerio Fiscal reiteró su petición de visionado y audición de la grabación aportada por EITB, y además se solicitó el testimonio de los técnicos que llevaron a cabo dicha grabación audiovisual, prueba que fue admitida por el Tribunal, realizándose el visionado y audición, con intervención de intérpretes de euskera, lo que se reprodujo cuando depusieron testimonios los técnicos que la habían realizado, como consta en el acta del juicio oral, quienes ratificaron que lo visionado y escuchado, en donde se recogen las frases que obran incorporadas al relato fáctico, se corresponden con lo que ellos grabaron.

De lo actuado que se acaba de mencionar, aparece perfectamente acorde con las reglas de la lógica y la experiencia la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia de que ha existido prueba de cargo legítimamente practicada que acredita que el acusado pronunció las frases que se le atribuyen en los hechos que se declaran probados, y tanto es así que en el propio escrito de defensa, como antes se ha dejado expresado, se reconoce que el acusado había pronunciado, en mencionada rueda de prensa, las frases que se reflejan en el relato fáctico, realidad que no se ve alterada por el hecho de que esas frases fuesen una parte de unas declaraciones más amplias.

Así las cosas, y como se razona por el Tribunal de instancia, la grabación audiovisual, introducida en el acto del juicio oral y completada con las declaraciones de los técnicos que la realizaron, constituye prueba lícitamente obtenida, susceptible de ser valorada por el Tribunal sentenciador, habiéndose dado cumplido acatamiento a los principios de inmediación, contradicción y publicidad, desarrollándose el proceso con todas las garantías para el acusado, que ha podido ejercer su derecho de defensa sin restricción alguna y asimismo se ha dado cumplimiento al principio acusatorio, en cuanto los hechos que se declaran probados se corresponden con los descritos por el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, modificadas en el acta del plenario, como puede comprobarse con la lectura del acta extendida al efecto.

Segundo.–Pasamos a examinar la infracción legal invocada por el Ministerio Fiscal, partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida.

En ellos se dice que el acusado, en la tantas veces citada conferencia de prensa, manifestó, entre otros extremos, «¿Cómo es posible que se fotografíen hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que

impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?».

El Ministerio Fiscal entiende, como antes se ha dejado mencionado, que debió apreciarse un delito de injurias graves a S.M. el Rey.

El Tribunal Constitucional nos recuerda, entre otras, en Sentencia 39/2005, de 28 de febrero, que 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; 107/1988, de 8 de junio; 105/1990, de 6 de junio; 320/1994, de 28 de diciembre; 42/1995, de 13 de febrero; 19/1996, de 12 de febrero; 232/1998, de 1 de diciembre; 297/2000, de 11 de diciembre; y 2/2001, de 15 de enero). 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 17 de julio, reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio; 85/1992, de 8 de junio; 136/1994, de 9 de mayo; 297/1994, de 14 de noviembre; 320/1994, de 28 de noviembre; 42/1995, de 18 de marzo; 19/1996, de 12 de febrero, y 232/1998, de 1 de diciembre). 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, y 185/2003, de 27 de octubre).

Y ese enfoque, a la hora de abordar la conducta del acusado, es el que vamos a seguir en el presente caso.

Por ello, en primer lugar, se debe examinar si las frases proferidas por el acusado, que se recogen en los hechos que se declaran probados, están justificadas por el legítimo ejercicio del derecho de libertad de expresión, como se defiende en la sentencia de instancia.

Es cierto que tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala han reiterado el valor preponderante de las libertades del artículo 20 de la Constitución, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 39/2005, de 28 de febrero, en la que se declara que cuando las libertades de expresión e información operan como instrumentos de los derechos de participación política debe reconocérsele, si cabe, una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles «especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar». Igualmente se dice en esa STC que, en estos casos, quedan amparadas por las libertades de expresión e información no sólo críticas inofensivas o indiferentes, «sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar» (STC 110/2000; en el mismo sentido, STC 85/1992, de 8 de junio, y SSTEDH, de 7

de diciembre de 1976, caso *Handyside contra Reino Unido*, y de 8 de julio de 1986, caso *Lingens contra Austria*).

En esa misma línea, el propio Tribunal Constitucional, considera –cfr. STC 105/1990, de 12 de noviembre– que las libertades del artículo 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático, que por lo mismo trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales.

Coincide esta doctrina del Tribunal Constitucional con la que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en Sentencia de 27 de mayo de 2004, caso *Vides Aizsardzibas Klubs contra Letonia*, al interpretar el artículo 10, declara que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo (ver Sentencia *Lingens contra Austria* de 8 de julio de 1986). Con la salvedad del párrafo segundo del artículo 10, no sólo comprende las «informaciones» o «ideas» acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, ofenden o inquietan; así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una «sociedad democrática» (Sentencias TEDH *Handyside contra Reino Unido* de 7 de diciembre de 1976, y *Jersild contra Dinamarca* de 23 de septiembre de 1994). Como precisa el artículo 10, el ejercicio de la libertad de expresión está sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones y sanciones que deben no obstante interpretarse estrictamente, debiendo establecerse su necesidad de forma convincente (ver, entre otras, Sentencias *Observer y Guardian contra Reino Unido* de 26 de noviembre de 1991; *Jersild contra Dinamarca*, anteriormente citada; *Janowski contra Polonia*; *Nielsen y Johnsen contra Noruega*).

Esta Sala del Tribunal Supremo igualmente tiene declarado (cfr. Sentencia de 26 de abril de 1991) que la libertad de expresión tiene la jerarquía propia de una garantía esencial de un Estado en el que se reconoce a la libertad y al pluralismo político el carácter de «valores superiores de su ordenamiento jurídico» (art. 1 CE) y que, consecuentemente no puede excluir el derecho a expresar las ideas y convicciones cuando éste aparezca como un interés preponderante sobre el honor, particularmente cuando se trata de la formación de la opinión pública en cuestiones político-estatales, sociales, etc.

Pero no es menos cierto que la propia Constitución, no obstante la trascendencia y el carácter preponderante que se debe atribuir a la libertad de expresión, reconoce –art. 20.4– que no es un derecho ilimitado y absoluto, y que existen límites por el respeto debido a otros derechos fundamentales y en concreto hace expresa referencia al derecho al honor.

Ello igualmente ha sido recogido en Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de esta propia Sala del Tribunal Supremo.

Así, en la STC 39/2005, de 28 de febrero, se dice que el valor especial que la Constitución otorga a las libertades de expresión e información «no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador cuando las libertades de expresión e información se ejerzan de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución les concede su protección preferente» [STC 171/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990, 171)].

E igualmente se declara que ello no significa en modo alguno que, «en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el artículo 18.1 CE garantiza (STC 336/1993, de 15 de noviembre). También en este ámbito es preciso respetar la reputación ajena (art. 10.2 CEDH) (SSTEDH caso *Lingens*, de 8 de julio de 1986 y caso *Bladet Tromso y Stensaas*, de 20 de mayo de 1999), y el honor, porque estos derechos «constituyen un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar» (SSTC 232/2002, de 9 de diciembre; 297/2000, de 11 de diciembre; 49/2001, de 26 de febrero, y 76/2002, de 8 de abril). Sigue diciendo que, 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 (STC 105/1990, de 6 de junio), 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, aquellas 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; 49/2001, de 26 de febrero, y 204/2001, de 15 de octubre)».

Asimismo ha declarado que hemos excluido del ámbito de protección de dicha libertad de expresión las frases y expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, que sean innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto (SSTC 6/2000, de 17 de enero, y 158/2003, de 15 de septiembre).

Con igual criterio se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2004, de 19 de julio, en la que se expresa que el artículo 20.1.a) CE no tutela un pretendido derecho al insulto, pues la «reputación ajena», en expresión del artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH, caso *Lingens*, de 8 de julio de 1986; caso *Barfod*, de 22 de febrero de 1989; caso *Castells*, de 23 de abril de 1992; caso *Thorgeir Thorgeirson*, de 25 de junio de 1992; caso *Schwabe*, de 28 de agosto de 1992; caso *Bladet Tromso y Stensaas*, de 20 de mayo de 1999), constituye un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 6 de mayo de 2003, caso *Perna contra Italia*, declara que la injerencia en el derecho del demandante a la libertad de expresión podía ser considerada necesaria en una sociedad democrática con el fin de proteger la reputación ajena, en el sentido del artículo 10.2 del Convenio.

Esta Sala del Tribunal Supremo igualmente se ha pronunciado sobre los límites al derecho a la libertad de expresión y en la Sentencia de 26 de abril de 1991, que apreció la existencia de un delito de injurias a S.M. el Rey, se dice que el derecho a la libertad de expresión no alcanza a justificar intervenciones en el derecho al honor que afectan al núcleo último de la dignidad de las personas, que el ordenamiento jurídico sustrae a toda injerencia de parte de terceros. La singular significación de este ámbito de la personalidad determina que su afectación resulte en todo caso innecesaria, pues siempre será posible verter las opiniones más hirientes sin afectar el aspecto del honor

que coincide íntegramente con el núcleo intangible de la dignidad de la persona. Consecuentemente, cuando la expresión del menoscabo se extiende a este núcleo último y más estrecho de la persona en cuanto tal, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta claramente contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, también innecesario, dado que el ejercicio de este derecho, como todos, está no sólo sometido al límite, más o menos flexible, que expresamente contiene el artículo 20 CE, sino también, al respeto de los fundamentos del orden político y de la paz social que establece el artículo 10.1 CE.

Y en la STS de 14 de febrero de 2001, se dice que es doctrina reiterada la de que el ejercicio de la libertad de expresión –también el derecho a la información– no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorios para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevancia pública, pues la Constitución no reconoce el derecho al insulto (SSTC 105/1990, 85/1992, 336/1993, 42/1995, 76/1995, 78/1995, 176/1995 y 204/1997).

Tercero.–Aplicando la doctrina jurisprudencial que se ha dejado mencionada al caso que examinamos, aparece como cuestión esencial determinar si el ejercicio de la libertad reconocido en el artículo 20 CE cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad y si se manifiesta o no constitucionalmente legítimo.

Las frases proferidas por el acusado, y que se recogen en los hechos que se declaran probados, constituyen juicios de valor y, por esto mismo, se inscriben en la libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, por lo que dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, sin que opere el límite interno de veracidad, a diferencia de lo que ocurre con los hechos (cfr. SSTC 107/1988 y 101/1990).

El acusado opina que S.M. el Rey es «el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia» y estas frases, que el propio Tribunal de instancia califica de ofensivas, impropias, injustas y oprobiosas, expresan un evidente menoscabo a S.M. el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más graves en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorias para la honorabilidad, por lo que, en este caso, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabridas.

Tan graves, injustificadas y desproporcionadas frases, en modo alguno pueden verse atemperadas por el contexto en el que se dicen pronunciadas –no hay que olvidar, como consta en el folio 225 de las actuaciones, que las denuncias por presuntas torturas fueron archivadas y sobreseídas, al no deducirse de las pruebas practicadas, incluido informe médico, la existencia de indicios de la comisión por parte de la Guardia Civil de torturas, ni que fueran sometidos a prácticas vejatorias ni degradantes–, ni por la afirmación de que estaban dirigidas al Lehendakari y no al Rey, ya que de la lectura de lo que se declara probado se infiere todo lo contrario, ni como reacción a un debate o contienda política que indudablemente no existió con S.M. el Rey.

Por todo lo que se deja expresado, las frases pronunciadas por el acusado en modo alguno están justificadas por el legítimo ejercicio del derecho de libertad de expresión.

Cuarto.-Ante la ausencia del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, procede examinar si, en el presente caso, se dan los elementos de tipicidad y de ilicitud penal del delito previsto en el artículo 490.3 del Código Penal.

El artículo 208 del mismo texto legal define la injuria como la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Es de reiterar lo que se ha dejado mencionado con anterioridad para rechazar el invocado ejercicio de la libertad de expresión. Como antes se dijo, las manifestaciones del acusado expresan un evidente menoscabo a S.M. el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más graves en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorias para la honorabilidad.

No plantea, pues, cuestión que dichas manifestaciones reúnen los elementos objetivos para considerarlas gravemente injuriosas y proferidas contra S.M. el Rey con ocasión de encontrarse en el ejercicio de sus funciones.

El elemento subjetivo exigible en los delitos contra el honor, como todos los componentes anímicos que mueven la voluntad de una persona, no puede ser establecido de una manera directa sino que habrá que deducirlo del contenido, ocasión y circunstancias de las expresiones proferidas o acciones ejecutadas. De la lectura del hecho probado se desprende que las frases proferidas contienen expresiones que, por su propio sentido gramatical, son tan claramente ultrajantes e insultantes que el ánimo específico se encuentra ínsito en ellos, poniéndose al descubierto por su simple manifestación. No se puede olvidar que el propio Tribunal de instancia, entre otras calificaciones, las considera ofensivas y oprobiosas.

Así las cosas, concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de injurias graves a S.M. el Rey, previsto y penado en el artículo 490.3 del Código Penal, por lo que procede la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

(Sentencia de 31 de octubre de 2005)



# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

## Circulares

### CIRCULAR 4/2005, DE 18 DE JULIO, RELATIVA A LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

#### I. INTRODUCCIÓN. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA SOBRE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

La incidencia que el fenómeno de la violencia contra la mujer tiene en todas las sociedades, incluso en las más desarrolladas, ha motivado en las últimas décadas un rechazo colectivo en la comunidad internacional que ha venido acompañado de una prolífica actividad legislativa a nivel internacional, comunitario, estatal y autonómico en búsqueda de un tratamiento suficiente y eficaz de este tipo de criminalidad y de la efectividad real del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

De la multitud de instrumentos internacionales dirigidos a la eliminación de la violencia contra la mujer adoptados tanto por Naciones Unidas como en el ámbito europeo, se dejan enunciados los más representativos en el Anexo I de esta Circular.

En nuestro país, al aliento de dichos compromisos y recomendaciones internacionales que propugnan la aplicación de políticas adecuadas que prevengan y persigan la violencia contra las mujeres, la erradicación de estos delitos se ha erigido en un objetivo de política criminal de primer orden, iniciándose una ofensiva legal en los últimos años decisivamente impulsada por los Planes contra la violencia doméstica aprobados por el Gobierno el 30 de abril de 1998 y el 11 de mayo de 2001 y el Plan de medidas urgentes de 7 de mayo de 2004 para la prevención de la violencia de género.

En este contexto, desde que la LO 3/1989 introdujese por primera vez en el artículo 425 del Código Penal un tipo penal específico para incriminar la violencia intrafamiliar, con el declarado propósito de responder a la deficiente protección de los miembros del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, muchas han sido las modificaciones sustantivas y procesales destinadas a aumentar la protección de las víctimas de los malos tratos. Exponentes de esa evolución legislativa son la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Código Penal, la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de Protec-

ción a las Víctimas de los Malos Tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido e Inmediato de determinados Delitos y Faltas, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Prisión Provisional, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal, el RD 355/2004, de 5 de marzo sobre el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, y por último la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG o LO 1/2004).

También a nivel autonómico algunas Comunidades Autónomas, en el ejercicio del ámbito competencial que les es propio, han aprobado leyes –cuyo detalle se contempla en el Anexo II– que pretenden establecer, de forma integrada, un conjunto unitario de servicios y prestaciones de carácter social, educativo, sanitario y de seguridad.

La disposición final quinta LO 1/2004, consciente de la necesidad de armonizar la respuesta del ordenamiento jurídico, establece que el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, adaptarán su normativa a las previsiones contenidas en la presente Ley en el plazo de seis meses desde su aprobación.

Al acervo normativo anteriormente enunciado habría que añadir, además de otras eficaces actuaciones impulsadas desde la llamada sociedad civil, un nutrido bloque de iniciativas puestas en marcha por las Instituciones y Organismos implicados en la lucha contra este fenómeno delictivo, entre los que cabe reseñar el Protocolo para la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica de 31 de julio de 2003; el Protocolo de coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil para la protección de las víctimas de violencia doméstica de 20 de enero de 2004, el Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género de 10 de junio de 2004, modificado el 8 de junio de 2005 a fin de adaptarlo a las exigencias de la LO 1/2004, o los Convenios de Colaboración suscritos en los primeros meses de 2005 entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y diversas Instituciones, entre ellas la Fiscalía General del Estado, para la implantación del programa de teleasistencia a las víctimas.

Para la Fiscalía General del Estado, conseguir la máxima eficacia en la erradicación y castigo de las conductas violentas que se cometen en el ámbito familiar y asegurar la más real y eficaz protección de las víctimas viene constituyendo una de sus prioridades en los últimos años como ponen de manifiesto, además de numerosas declaraciones institucionales, las sucesivas Circulars e Instrucciones que se han ido dictando sobre la materia. A parte de la pionera Instrucción 3/1988 sobre persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas, deben citarse: la Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar –en la que se introdujeron innovadoras iniciativas que posteriormente han tenido refrendo legal, tales como la creación de Servicios Especializados y los Registros de violencia doméstica en cada Fiscalía territorial–, el Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999, la Circular 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden protección, la Circular 4/2003, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, la Instrucción 4/2004, de 14 de junio,

acerca de la protección de las víctimas y el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con los delitos de violencia doméstica, la Instrucción 2/2005, de 2 de marzo, sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género y la Instrucción 7/2005 sobre las Secciones de Violencia contra la Mujer en las Fiscalías, a lo que habría que añadir el amplio y específico tratamiento de este tema en las Memorias Anuales o el Convenio suscrito con la Comunidad Autónoma de Andalucía en noviembre de 2004 para la creación de Fiscales especializados en violencia de género.

Todo lo anterior, constituye un entramado normativo sin parangón posible en otros ámbitos de la criminalidad, expresivo de la sentida responsabilidad social del legislador y de los demás agentes jurídicos y sociales implicados en la lucha contra tan alarmante fenómeno delictivo.

Si atendemos al proceso de iniciativas y reformas legales experimentado por nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel estatal como autonómico, se imponen tres observaciones:

La primera, el constante reforzamiento de los mecanismos de protección penal, la segunda, la preocupación del legislador por diseñar una respuesta integral del sistema con medidas sociales, sanitarias y legales más acordes con la naturaleza multidisciplinar del fenómeno, y la tercera, el tratamiento específico de la violencia ejercida contra la mujer desde una perspectiva de género.

Pues bien, todas estas características están presentes en la nueva LO 1/2004 hasta el punto de constituir elementos definitorios de la misma.

## II. LA NOVEDOSA LEY ORGANICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La LO 1/2004 constituye un punto de inflexión en la regulación de la violencia en el ámbito de las relaciones afectivas en nuestro país, por cuanto sin abandonar el sistema de protección integral de las víctimas introducido por la Ley 27/2003, que refuerza, se decanta por el tratamiento específico y exclusivo de la violencia que se ejerce sobre la mujer con ocasión de las relaciones de pareja, al margen de otras manifestaciones de la violencia doméstica, rompiendo la tendencia expansiva que en torno a la determinación del círculo de sujetos pasivos se observaba en las reformas de nuestro ordenamiento jurídico desde las Leyes Orgánicas 10/1995 del Código Penal y 14/1999 de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de los malos tratos (recuérdese que la LO 11/2003 amplía el círculo de sujetos pasivos incluso a otros ámbitos privados de dependencia además del estrictamente familiar).

Una doble motivación subyace en esta iniciativa legislativa:

Una, de carácter cuantitativo, vinculada a la magnitud del fenómeno de la violencia sobre la mujer en nuestro país. Efectivamente, los datos de carácter sociológico que ofrecen las estadísticas de violencia doméstica ponen de manifiesto la abrumadora mayoría de agresores masculinos. Según el Informe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial de la actividad de los Órganos Judiciales sobre violencia doméstica correspondiente a 2004, las mujeres representan el 90,2 por 100 de las víctimas en el total de 99.111 denuncias presentadas ese año y el 94 por 100 de las víctimas amparadas por la concesión de órdenes de protección del total de

las 34.635 adoptadas desde la entrada en vigor de la Ley 27/2003. Igualmente significativo resulta el porcentaje de agresores masculinos que están o han estado vinculados en relación de pareja con la víctima. Según el Informe del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial sobre muertes violentas en el ámbito de la violencia doméstica y de género, en el año 2004 han muerto 100 personas por violencia doméstica: 84 mujeres y de ellas 69 en ámbito de pareja o ex pareja.

Otra, de carácter cualitativo, derivada de la constatación de que esta violencia degrada los valores en que han de apoyarse las relaciones afectivas y viola y menosprecia derechos constitucionales como la integridad física y moral, la libertad, la seguridad, la dignidad humana, la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

La LO 1/2004, con sustento en el artículo 9.2 CE que obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impidan la efectividad de la igualdad, retoma el enfoque de género iniciado por la Proposición de Ley Integral contra la Violencia de Género de 21 de diciembre de 2001 y que, en nuestro país se encuentra presente, en una u otra medida, en la normativa de las Comunidades Autónomas anteriormente mencionada.

Como razona su Exposición de Motivos la LO 1/2004 pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres y para ello aborda los distintos enfoques del problema, diseñando un tratamiento integral del fenómeno de la violencia contra la mujer (art. 2) que permita atajar todas y cada una de las causas que favorecen su aparición.

Dicho tratamiento integral se articula sobre todo un sistema normativo comprensivo de medidas de sensibilización, prevención, detección e intervención que alcanza a los ámbitos educativo, cultural, publicitario, sanitario, social, laboral, económico, institucional, penal, procesal y orgánico-judicial.

Tal batería de medidas pretende actuar desde la causa del problema, que hunde sus raíces en concepciones sociales de superioridad del hombre sobre la mujer, hasta la atención integral de las víctimas, pasando por el agravamiento de la respuesta punitiva frente a sus más frecuentes manifestaciones delictivas y la creación de nuevas instancias en el ámbito judicial y fiscal que posibiliten el tratamiento conjunto y especializado de los aspectos penales y civiles derivados de los conflictos de pareja.

Con esta Ley, por último, se persigue una importante función simbólica y pedagógica. Su aprobación unánime en el Parlamento pone de manifiesto que el problema de la violencia que específicamente se utiliza contra la mujer ha sido tomado en conciencia por el legislador. De hecho, el cambio cultural que precisa su erradicación no se confía a la potencial capacidad de estructuración de la sociedad que comporta toda norma jurídica y fundamentalmente las de carácter represivo, sino que se incide en el mismo mediante referencias expresas en el articulado a la necesidad de promover un cambio significativo del sustrato sociocultural que trivializa la discriminación y la violencia contra la mujer, al tiempo que transmite un mensaje de tolerancia cero frente a cualquier agresión en este ámbito.

Llegados a este punto, resulta preciso efectuar dos precisiones:

La primera, impuesta por la naturaleza multidisciplinar de la LOMPIVG, para concretar que esta Circular abordará esencialmente aquellas cuestiones que pueda suscitar la interpretación y aplicación de las reformas introducidas en los Títulos referidos a la Tutela Penal y Judicial, en cuanto parcelas propias de la actuación del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que en su desarrollo devengan imprescindibles determinadas referencias a otros ámbitos legales dado su carácter interdisciplinar. Y ello sin olvidar que la función encomendada al Ministerio Fiscal en los artícu-

los 23, 26 y 27 de la Ley ya fue objeto de tratamiento en la Instrucción 2/2005 sobre la acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género y que las reformas introducidas en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal con la finalidad de adaptar determinados aspectos orgánicos al principio de especialización que informa esta Ley han sido objeto de la Instrucción 7/2005 de la Fiscalía General del Estado.

La segunda, para dejar constancia de que con esta Circular la Fiscalía General del Estado quiere ofrecer a los Sres. y Sras. Fiscales un instrumento jurídico que posibilite la necesaria unidad de actuación de la Institución en el nuevo marco jurídico que se alumbra, proporcionándoles una primera aproximación interpretativa, a la espera de criterios jurisprudenciales, que debe ser valorada con la cautela que impone la falta de experiencia aplicativa y la insuficiencia de referentes doctrinales.

Por lo expuesto, si en la práctica de su aplicación diaria se detectasen problemas que puedan dificultar una adecuada respuesta jurisdiccional, los Sres. y Sras. Fiscales Jefes deberán comunicarlo a la Fiscalía General del Estado a fin de valorar aquellas pautas de actuación que coadyuven a solventarlos.

### III. OBJETO DE LA LO 1/2004. EL ARTÍCULO PRIMERO

Se inicia la LOMPIVG con un Título preliminar, que recoge las disposiciones directivas sobre el alcance, finalidad y principios rectores de la Ley.

El artículo 1, dedicado al objeto de la Ley, reza:

«1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.

3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.»

El texto de dicho artículo contiene dos órdenes de declaraciones. La primera, comprensiva de sus apartados primero y tercero, referida a la definición de violencia de género y de sus manifestaciones a efectos de esta Ley, y la segunda, en el apartado del mismo orden, relativa al carácter integral de las medidas de protección previstas y de la finalidad perseguida con las mismas.

La decisión legislativa de «positivizar» formalmente el concepto de violencia de género, introduciéndolo en el propio texto normativo al definir el objeto de la Ley, determina cuatro importantes efectos:

#### III.A) Delimita el ámbito de aplicación de la Ley

El artículo 1 circunscribe el ámbito de aplicación de la Ley mediante una descripción de la violencia de género que pretende erradicar y que, en cuanto objeto de la Ley, será determinante de la aplicación de las diversas modalidades de tutela previstas

en la LOMPIVG, ya sea en relación con los derechos y medidas asistenciales reconocidos en su Título II, como con el ámbito competencial de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer o con aquellas especialidades introducidas en la legislación penal que hacen referencia a dicho concepto normativo.

El artículo primero acota la violencia de género objeto de regulación a la que el hombre ejerce sobre la mujer con ocasión de las relaciones de pareja. Esta restricción del objeto legal se fundamenta en la concepción de esta norma como una herramienta necesaria para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género –sobre la base de una realidad estadística que la pone de manifiesto como el tipo de violencia más grave y generalizado– desde el reforzamiento de la protección de la mujer en el ámbito de las relaciones afectivas en el que tradicionalmente ha asumido una posición de desigualdad por condicionantes socioculturales.

Por ello, pese a su genérica denominación, la LOMPIVG ni abarca todas las manifestaciones de la violencia de género, pues este es un concepto más amplio que engloba todas las formas de violencia contra la mujer por razón de su sexo, en la familia y en la sociedad (maltrato doméstico, infanticidio de niñas, mutilación genital, explotación, agresión y acoso sexual, entre otras), ni siquiera toda la violencia intrafamiliar contra la mujer, pues queda excluida la violencia que pueda ejercerse por razón de sexo contra otros miembros femeninos del grupo familiar (ascendientes, descendientes, colaterales, otras menores o incapaces) con la salvedad que se dirá.

Por tanto, como se indicó en la Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, para que los actos de violencia sobre la mujer incidan en el ámbito de esta Ley y puedan reputarse violencia de género es preciso que tengan como sujeto activo en todo caso a un hombre, que el sujeto pasivo sea siempre una mujer y que entre ambos exista, o haya existido, una relación matrimonial o relación similar de afectividad, aun sin convivencia.

La entrada en vigor de esta Ley obliga, por ello, a diferenciar conceptualmente entre la violencia de género, descrita en el anterior párrafo, y la violencia doméstica que a partir de ahora queda circunscrita al resto de los sujetos pasivos previstos en el artículo 173.2 CP.

Asimismo, la dicción legal del artículo 1 LO 1/2004 implica que las parejas de un mismo sexo han quedado excluidas de su ámbito de especial protección, aunque no puede ignorarse que en algún supuesto en ellas podrían reproducirse relaciones de dominación análogas a las perseguidas en esta Ley por interiorización y asunción de los roles masculinos y femeninos y de sus estereotipos sociales. Por el contrario sí será de aplicación a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer.

De otro lado, como es sabido, otras opiniones reclamaban la necesidad de incluir en esta Ley la violencia ejercida directamente contra los hijos menores de edad, por lo que, frente a la redacción del Anteproyecto, el Proyecto de Ley amplió la tutela procesal a los descendientes, menores o incapaces integrados en el entorno de la mujer maltratada en el caso de que se vieran afectados por la situación de violencia contra ésta. Asimismo, tras su tramitación parlamentaria, aunque se mantuvo a la mujer como sujeto pasivo o víctima principal de la violencia perseguida, la tutela penal reforzada se hizo extensiva a las «personas especialmente vulnerables que convivan con el autor» como fórmula transaccional que permite la inclusión de los hijos en determinadas circunstancias.

Por ello, a pesar de que tanto en la definición legal del artículo primero, como en los principios rectores del artículo segundo, no se hace referencia más que a la mujer como sujeto pasivo de la violencia perseguida, lo cierto es que la Ley reconoce que las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se

encuentran en el entorno familiar y contempla por ello también su protección, en determinados supuestos, tanto para tutelar los derechos de los menores como para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer.

Así, el artículo 19.5 LOMPIVG reconoce el derecho a la asistencia social integral de los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida, añadiendo que, a estos efectos, los servicios sociales deberán contar con personal específicamente formado para atender a los menores, con el fin de prevenir y evitar de forma eficaz las situaciones que puedan comportar daños psíquicos y físicos a los menores que viven en entornos familiares donde existe violencia de género. Los artículos 36 a 39 –de reforma del Código Penal– extienden la tutela penal reforzada a los hijos que sean especialmente vulnerables y convivan con el autor. Y, por último, los artículos 44 y 58 –reguladores de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer– también tutelan a los descendientes del agresor o de la mujer víctima, así como a los menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente cuando son también víctimas de esa misma violencia precisamente a consecuencia de su relación con la mujer o cuando son utilizados como instrumentos de la violencia dirigida contra la propia madre.

Inmediatamente después de la definición del concepto legal de violencia de género, el apartado segundo del artículo 1 anuncia «por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas», explicitándose de este modo el fin social y político-criminal que persigue la nueva legislación y que no es otro, como se dijo *supra*, que la protección de la mujer por razón de su género.

No obstante, no todos los preceptos de la LO 1/2004 despliegan su eficacia normativa exclusivamente en el marco de la violencia de género tal como queda definida en el artículo primero. Ciertamente, la protección integral contra la violencia de género se estructura sobre un conjunto de medidas, y si bien todas ellas tienen en común que deben contribuir a la erradicación de la violencia de género en el ámbito de la pareja, algunas contienen previsiones de más amplio alcance.

Así, las medidas en el ámbito educativo y publicitario van encaminadas, en general, a la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, buscando una eficacia preventiva frente a la violencia contra la mujer en cualquiera de sus manifestaciones.

Por su parte, el Título IV referido a la Tutela Penal incluye como sujetos pasivos cualificados en los tipos penales relativos a lesiones, malos tratos, amenazas o coacciones (arts. 148, 153, 171, 172) a las «personas especialmente vulnerables que convivan con el autor»; mientras que otros delitos, como el de quebrantamiento de medida o condena del artículo 468 CP que también es objeto de agravación en esta Ley, no restringe su ámbito de especial protección a las penas o las medidas impuestas en procesos criminales en los que las víctimas sean precisamente mujeres, basando que sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP.

Al propio tiempo, otros preceptos del Código Penal relacionados con la violencia sobre la mujer siguen vigentes con el mismo círculo de sujetos pasivos (art. 173.2), por lo que la tutela penal reforzada de las víctimas de violencia de género no se refleja sistemáticamente en el articulado del Código Penal, manteniendo su actual redacción otros atentados incluso de mayor gravedad como el homicidio o las lesiones de los artículos 149 ó 150 CP.

Por el contrario, la reforma de aquellos apartados de los artículos 83, 84 y 88 CP que, en la anterior redacción, venían referidos a determinadas especialidades en la

suspensión o sustitución de las penas cuando hubieran sido impuestas por delitos de violencia doméstica en general, restringe el ámbito de aplicación de estos preceptos a los delitos relacionados exclusivamente con la violencia de género, como tendremos ocasión de examinar más adelante.

Por lo que respecta a la denominada tutela judicial o procesal (Título V), como se dijo *supra*, si bien aparece diseñada en principio exclusivamente para la mujer, ocasionalmente será extensiva a los descendientes, menores o incapaces integrados en el grupo familiar si también se ha producido un acto de violencia de género.

### III.B) **Describe las formas de manifestación de la violencia de género contra las que la LO 1/2004 pretende actuar**

Los apartados primero y tercero del artículo 1 LOMPIVG enuncian frente a qué tipos de ataques pretende esta Ley proteger a la mujer.

Ahora bien, la declaración del artículo primero no ha de entenderse tanto como la definición de un concepto jurídico-penal nuevo, sino como un concepto social y cultural más amplio que recoge la definición consolidada internacionalmente de lo que es violencia de género, aunque a diferencia de los instrumentos supranacionales y autonómicos, la circunscribe, por los motivos anteriormente expuestos, a la relación específica de pareja.

Por ello, cuando el apartado tercero del artículo 1 recoge, en esencia, la descripción de las formas de violencia de género que suelen figurar en los instrumentos internacionales, no debe buscarse en ellas una exacta correlación con la terminología de las figuras penales propias de nuestro Código Penal que, eso sí, se retoma en el artículo 44 de la Ley al determinar la competencia penal del Juzgado de Violencia sobre la Mujer (p. ej. la expresión «agresiones a la libertad sexual» es más restrictiva que «delitos contra la libertad e indemnidad sexuales»).

Dicho artículo 1.3 agrupa en dos categorías las formas que puede adoptar la violencia contra la mujer, la física y la psicológica, sin que ello suponga restricción de la aplicación legal a otras eventuales manifestaciones de la violencia de género si tienen cabida en la definición del apartado primero de dicho artículo. De modo, que siguiendo otras clasificaciones más detalladas como la del Consejo de Europa, las contenidas en algunas leyes especiales latinoamericanas contra la Violencia Familiar surgidas a raíz de la Convención Interamericana de la Organización de Estados Americanos para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer de 9 de junio de 1994, o las de nuestra legislación autonómica (leyes de Cantabria y Canarias), cabría afirmar, sin ánimo exhaustivo, que las distintas manifestaciones de violencia contra la mujer que tienen cabida en esta Ley pueden re conducirse a las siguientes:

- Violencia física: relativa a cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño en la víctima.
- Violencia sexual: referida a la imposición por la fuerza de relaciones o prácticas sexuales que atenten contra su libertad sexual.
- Violencia psicológica: comprensiva de toda conducta que produzca en la víctima desvalorización o sufrimiento, sea a través de insultos, amenazas, control, aislamiento, anulación, humillaciones o vejaciones, limitación de la libertad, exigencia de obediencia o sumisión. La violencia psicológica, entendida en un sentido amplio, comprende también aquellas manifestaciones de la violencia contra la mujer que, en algunas clasificaciones son objeto de conceptualización autónoma, tales como las llamadas violencia económica –entendida como abuso económico o la privación o discri-

minación intencionada y no justificada de recursos– o espiritual, comprensiva de aquellas conductas dirigidas a obligar a aceptar un sistema de creencias cultural o religioso determinado o destruir las creencias de otro.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre supuestos de maltrato psicológico, ya cometido singularmente o unido a malos tratos físicos, con expresiones tales como «crear una situación de dominio y temor» (STS 394/2003, de 14 de marzo), «vejación y humillación continuada, metódica y deliberada que tiene como objetivo conseguir una situación de dominio que vulnera la propia personalidad de la víctima» (STS 932/2003, de 27 de junio) o como «amenazas reiteradas y permanentes y sometimiento de la víctima y su familia a una situación de verdadero acoso» (ATS de 12 de septiembre de 2002). La STS 1750/2003, califica de violencia esencialmente psíquica una situación de reiterados hostigamientos, descalificaciones, expresiones intimidatorias personalmente o por teléfono, amenazas de muerte, provocaciones intimidantes, agresiones físicas, que finalizó con un intento de atropello o su cruel simulación.

**III.C) Efectúa una declaración programática acerca de los bienes jurídicos que son específicamente lesionados cuando el hombre ejerce violencia sobre la mujer en el ámbito de pareja**

El legislador de 2004, en línea con la doctrina y la jurisprudencia elaborada sobre el delito de maltrato familiar, así como con los pronunciamientos de los instrumentos internacionales sobre la materia, aborda la violencia contra la mujer desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la persona, dejando constancia expresa en la descripción contenida en el artículo primero de que las conductas de violencia de género no solo son representativas de una violencia intersubjetiva, como sucede en otras figuras penales que incriminan fenómenos violentos, sino que encierran un desvalor añadido en cuanto atentan a otros valores constitucionales de primer orden, en este caso, referidos específicamente a la mujer, como su derecho a la igualdad, a la no discriminación por razón de su sexo, a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad en el ámbito de las relaciones de pareja.

Esa perspectiva constitucional, ha sido puesta de manifiesto en el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 233/2004, de 7 de junio, que inadmitió a trámite, por ser notoriamente infundada, la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 153 CP –según redacción LO 11/2003– por quebrantamiento del principio de proporcionalidad sancionadora al elevar a la categoría de delito conductas anteriormente castigadas como faltas cuando se cometan contra alguna de las personas que se citan en el artículo 173.2 CP. Declara el Tribunal Constitucional en dicho auto: «No puede dejar de resaltarse desde nuestro específico control de constitucionalidad, ante el problema social de primera magnitud que en nuestro país representa la violencia doméstica, la relevancia social de los bienes e intereses que el precepto pretende proteger, constituidos no sólo por la libertad y la integridad psíquica y física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica, así como su directa y estrecha conexión con principios y derechos constitucionales, como la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), o, también entre otros, la protección de la familia (art. 39 CE)». Incide también en la directa conexión de estos bienes jurídicos con principios y derechos constitucionales la STC 62/2005, de 14 de marzo.

Por su parte, el Tribunal Supremo, entre otras en SSTS de 24 y 26 de junio de 2000, 5 de marzo de 2001, 22 de enero de 2002, 11 de marzo, 16 de mayo y 27 de junio

de 2003, 29 de marzo, 14 de mayo, 23 de septiembre y 15 de octubre de 2004, ha establecido igualmente un cuerpo de doctrina en torno al delito de maltrato habitual del que cabe extraer las siguientes conclusiones en relación con el tema que nos ocupa:

«Es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional.»

«El bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar 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.»

«El delito de maltrato habitual tiene autonomía propia, protegiendo valores constitucionales como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el rechazo a los tratos inhumanos y degradantes, reforzando en suma la convivencia en condiciones de igualdad, seguridad y libertad.»

De este modo, la transformación de la percepción social acerca de este fenómeno, hasta fechas relativamente recientes silenciado social y legislativamente como tal, ha provocado que en la vigente ordenación valorativa de los presupuestos esenciales para la convivencia, la violencia de género se haya catalogado como una de las lesiones más significativas a bienes jurídico-penales fundamentales.

### III.D) Función interpretativa de la LO 1/2004

Además de lo expuesto, el artículo 1 constituye un referente obligado en la interpretación de los preceptos de la LOMPIVG, con independencia de la ubicación sistemática que, finalmente, puedan tener aquellas de sus normas llamadas a incorporarse a otros cuerpos legislativos que son objeto de reforma.

Al recogerse, tanto en la Exposición de Motivos como en el artículo 1, las causas que generan la violencia sobre la mujer en el ámbito de pareja, el legislador hace explícito un cambio en el enfoque legislativo del problema optando por abordarlo desde una perspectiva de género frente a la perspectiva doméstica de leyes anteriores.

Acorde con dicho enfoque la LOMPIVG entiende que en las agresiones físicas o morales a la mujer está latente ese sentimiento de superioridad en la pareja del que aquéllas no son sino una forma de expresión.

Así se pone de manifiesto en la definición de violencia de género que el legislador introduce en el artículo 1.1 LOMPIVG y que conduce al entendimiento de que las circunstancias descritas en el mismo –la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres– están implícitas en la violencia que el hombre ejerce sobre la mujer que es o ha sido su pareja sentimental; o cuando al distribuir la competencia entre los distintos órganos encargados de la instrucción en el orden penal, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, por un lado, y Juzgados de Instrucción ordinarios, por otro, considera que la realización de determinadas conductas resultan lesivas para los concretos bienes jurídicos que son objeto de protección en esta Ley, por lo que son atribuidas al ámbito competencial del los Juzgados de Violencia sobre la Mujer inicialmente, aun cuando estos podrán inhibirse de su conocimiento si los hechos de forma notoria no constituyen expresión de violencia de género.

Con relación al delito de maltrato habitual la doctrina jurisprudencial anteriormente citada ya ha venido poniendo de manifiesto cómo este delito sanciona aquellos actos que «exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes» o que «tienden como objetivo conseguir una situación de dominio que vulnera la propia personalidad de la víctima». A lo que debe añadirse, como señalan, entre otras, las SSTS 20/2002, de 22 de enero, 662/2002, de 18 de abril, 355/2003, de 11 de marzo, lo expresado en la STS 1161/2000, de 26 de junio, cuando destaca que el artículo 153 (redacción CP/1995) ha sido creado con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia.

Por tanto, la Ley opta por una definición de la violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor.

Recuérdese que en el Proyecto de Ley se eliminaron todas aquellas referencias a la intención finalista del agresor que aparecían en la redacción originaria del Anteproyecto, y que resultaron tan discutidas en algunos de los preceptivos informes institucionales al mismo dada la negativa repercusión que en la aplicación de la Ley podía provocar la dificultad de probar ese elemento intencional.

Así, mientras la primera redacción de artículo 1.2 definía la violencia de género como aquella que se ejerce «como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» la redacción definitiva sustituyó el término finalista «instrumento» por el más objetivo de «manifestación».

De este modo, la definición del Anteproyecto que contenía un específico elemento subjetivo de difícil prueba como era la utilización de la violencia con determinados fines, fue sustituida, en la línea propuesta en los informes consultivos, por una definición descriptiva de las circunstancias que subyacen en la violencia de género, tales como la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, al margen de cualquier referencia a elementos subjetivos o intencionales.

#### IV. LA TUTELA PENAL

El Título IV de la LO 1/2004 bajo la rúbrica «Tutela Penal» acomete una reforma parcial del Código Penal tendente a asegurar una protección reforzada a las víctimas de violencia de género y, por extensión, a las personas especialmente vulnerables del círculo de convivencia del agresor desde el fortalecimiento del marco penal vigente.

No obstante, como se indicó *supra*, la nueva orientación político-criminal no se refleja de modo sistemático en el tratamiento penal de todas las conductas relacionadas con la violencia de género. El endurecimiento punitivo afecta fundamentalmente a aquellas conductas en las que con mayor frecuencia se expresa el comportamiento violento: delitos de maltrato simple, algunas lesiones, amenazas y coacciones leves. Sin embargo no han sufrido modificación alguna los delitos contra la vida, contra la libertad sexual, los delitos más graves de lesiones o de violencia habitual, por lo que cabe entender que el legislador ha querido reforzar la protección penal de las víctimas

de violencia de género frente a las primeras manifestaciones de la espiral de violencia, continuando la tendencia criminalizadora ya iniciada con la LO 11/2003 al elevar a la categoría de delito determinadas conductas que hasta ahora constituyan falta de amenazas o coacciones del artículo 620.2.º CP.

Por otra parte, determinados aspectos de la reforma trascienden del marco de la violencia de género, tal como queda definida en el artículo primero de la LOMPIVG, para incidir en todo el ámbito doméstico como sucede con la modificación del artículo 468 CP, que se tratará más adelante.

En cualquier caso, la novedad más destacable de la reforma penal introducida por la LO 1/2004 consiste en otorgar una mayor protección a un grupo específico de sujetos pasivos dentro del amplio elenco de víctimas recogido en el artículo 173.2 CP, concretamente a la mujer víctima de violencia causada por el hombre al que le une o ha unido una relación afectiva de pareja. Como con acierto señala el Consejo de Estado en su informe sobre el Anteproyecto, la causa justificativa de este tratamiento diverso y diferenciado radica en que estas conductas encierran un desvalor añadido o un plus de antijuridicidad, en cuanto son expresión de determinadas relaciones de poder y sometimiento del hombre sobre la mujer, que son incompatibles con los principios constitucionales de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

Por otra parte, el legislador ha aprovechado esta iniciativa legislativa, dirigida a combatir la violencia de género, para hacer extensiva esa especial protección penal a las «personas especialmente vulnerables», equiparación que tiene su fundamento en el prevalimiento de la situación de superioridad que está implícito en las conductas delictivas que tienen como sujetos pasivos a unas y otros.

Obsérvese que a diferencia de lo que ocurre en la denominada tutela procesal (Título V LO 1/2004) el legislador no ha incluido a los descendientes, menores o incapaces del círculo afectivo de la mujer entre los sujetos especialmente protegidos en el ámbito penal, salvo que en atención a sus circunstancias pueden encuadrarse entre las personas especialmente vulnerables.

La nueva regulación introduce en el Código Penal nuevos tipos delictivos y figuras agravadas, pero también tipos privilegiados que permiten atemperar el rigor punitivo de forma proporcionada a las circunstancias personales del autor y a las circunstancias concurrentes en la realización del hecho.

Por último, cabe recordar que siguen vigentes los criterios de interpretación contenidos en la Circular 4/2003 de 30 de diciembre, «sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica» en relación a todo aquello que no ha sido objeto de modificación en los tipos penales que a continuación se examinan.

#### IV.A) El nuevo artículo 153 CP

La LO 1/2004 da una nueva redacción al artículo 153 CP, emancipando del tipo básico común el maltrato constitutivo de violencia de género y el asimilado, con el fin de atribuirles una mayor penalidad.

Al propio tiempo el delito de amenazas leves con armas a los sujetos pasivos descritos en el artículo 173.2 CP se traslada al artículo 171.4 y 5 mejorando de este modo su ubicación sistemática.

##### IV.A.1. LA NUEVA FIGURA AGRAVADA DE MALTRATO DOMÉSTICO DEL APARTADO 1.º

«1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeare o maltra-

tare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor...»

La conducta típica consiste en «causar por cualquier medio o procedimiento menoscabo psíquico o una lesión no definida en el Código Penal como delito, o golpear o maltratar de obra sin causar lesión». Se mantiene por tanto la redacción anterior a excepción de las amenazas leves con armas que se trasladan a los delitos contra la libertad.

En relación con los sujetos activo y pasivo del tipo, es preciso diferenciar los dos supuestos incriminados en este apartado:

a) Cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...

Los términos contrapuestos utilizados por el legislador en la descripción del ámbito subjetivo: «ofendida», en género femenino, para el sujeto pasivo y «él», en género masculino, para el sujeto activo, determina que en este apartado, sujeto activo sólo puede serlo el hombre y sujeto pasivo la mujer sobre la que aquél ejerce violencia derivada de una actual o anterior relación de pareja, aun sin convivencia.

Otras posibles combinaciones en las que aparezcan implicados en los hechos objeto de persecución penal los sujetos previstos en el artículo 173.2 CP (sujeto activo mujer, sujeto pasivo mujer no vinculada al agresor por relación de pareja) quedarán relegados al apartado segundo del artículo 153 CP.

b) Cuando el ofendido sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

El concepto «persona especialmente vulnerable» no viene definido en el texto legal, ni siquiera es aludido en la Exposición de Motivos. Atendiendo a una interpretación literal según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «vulnerable», procedente del latín *vulnerabilis*, significa «que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente».

Su ámbito de aplicación, en cualquier caso, no debe ser confundido con el referido a los descendientes, menores o incapaces descritos en el artículo 87 ter.1.a) LOPJ al definir la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, del que nos ocuparemos posteriormente, aunque no cabe duda de que, en determinadas situaciones, pueden coincidir ambas circunstancias.

A diferencia de lo que ocurre en el apartado anterior, este grupo de sujetos no viene condicionado ni por razón de sexo ni por una relación especial de parentesco o afectividad con el agresor. Por tanto, sujeto activo y sujeto pasivo de la conducta descrita en el precepto, pueden serlo tanto el hombre como la mujer. La única exigencia que la norma penal establece es la nota de la convivencia con el autor, al margen de la relación que entre ellos exista. Por convivencia deberá entenderse tanto la de carácter permanente como la que tiene lugar periódicamente, como por ejemplo la derivada del régimen de visitas o custodia compartida de hijos menores de edad o de la estancia temporal de padres ancianos en casa de los hijos, entre otros supuestos.

El concepto de vulnerabilidad de la víctima es empleado por el legislador en el Código Penal en diversos tipos penales y específicamente en los artículos 180.1.3.<sup>a</sup> (delito de agresión sexual), 184.3 (delito de acoso sexual), 188.1 (delito de corrupción de menores), 318 bis (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros) y 607 bis.2.9.<sup>º</sup> (delitos de lesa humanidad).

Concretamente como circunstancia agravatoria se encuentra descrita en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en los siguientes términos «Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de 13 años».

La Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo ha elaborado un cuerpo de doctrina en la interpretación de dicho concepto en relación con los delitos contra la libertad sexual que deberá ser atendido en la aplicación de estos nuevos preceptos en tanto la Jurisprudencia no perfile tal concepto jurídico indeterminado en el ámbito específico de la violencia doméstica. Conforme a dicha doctrina jurisprudencial el fundamento de esta agravación se encuentra en la reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima derivada de una serie de situaciones determinantes bien de naturaleza personal (edad, enfermedad) o mixta (situación en que se encuentre).

Así, el Tribunal Supremo ha predicado la vulnerabilidad de la víctima esencialmente en relación a la edad «pudiendo ser ésta muy escasa o elevada...siendo lo importante que tal edad incida en la eventual vulnerabilidad de su personalidad» o bien a causa de «la enfermedad que padecza, cualquiera que sea su edad», o incluso en atención a las condiciones objetivas de la comisión delictiva «por la situación en que se encuentre, que debe ser interpretado como algo externo a su personalidad.» (STS de 11 de febrero de 2003).

La especial vulnerabilidad por razón de edad permite extender la tutela penal reforzada de este precepto tanto a personas de edad avanzada como a aquellas que presenten una limitación de sus condiciones físicas o psíquicas que merme su capacidad defensiva.

Concretamente, la STS de 14 de julio de 2004 hace referencia a circunstancias tales como «el bajo nivel de inteligencia, determinada incapacidad física, incapacidad de toda defensa de la víctima, etc.» y la STS de 25 de marzo de 2004 entiende que la víctima era especialmente vulnerable «por razón de su edad, por la situación en la que se encontraba, dado que sus padres estaban ausentes y, por último, la diferencia de edades entre el autor (veintiséis años) y la víctima (doce años)».

Por ello, el ámbito de especial protección que la norma otorga a las personas especialmente vulnerables deberá ser analizado por los Sres. y Sras. Fiscales de forma individualizada atendiendo a aquellas circunstancias que coloquen a la víctima en situación de indefensión frente al autor, hecho que debe ser abarcado por el dolo del autor.

No obstante, el legislador en los delitos contra la libertad sexual parifica *ex lege* la menor edad de trece años a tales situaciones presumiendo *iuris et de iure*, que el menor de trece años carece de madurez suficiente para consentir válidamente las prácticas sexuales de que es objeto. Pese a ello, en la regulación de la LO 1/2004, tal equiparación no será posible en todo caso, pues persigue comportamientos ajenos al consentimiento del sujeto pasivo (lesiones, malos tratos, amenazas, coacciones). De modo similar en la regulación del delito de lesiones, el artículo 148.3 establece una presunción de debilidad cuando la víctima fuera menor de doce años o incapaz. Ahora bien esos límites de edad (trece y doce años de edad, respectivamente) no deben interpretarse como determinantes de la vulnerabilidad del sujeto pasivo siempre que se encuentre por debajo de los mismos.

Ciertamente tal equiparación será posible cuando la temprana edad de la víctima limite su capacidad defensiva pero, en otro caso, habrá que estar a las circunstancias de todo tipo que concurran en la comisión del hecho para predicar, caso por caso, tal cualidad respecto del menor de esas edades.

#### IV.A.2 TIPO BÁSICO: APARTADO 2.<sup>º</sup>

«2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo...»

Esta norma contiene el tipo básico de maltrato familiar y conserva en parte la antigua redacción del artículo 153, manteniendo las penas en idénticos términos. La novedad estriba, por una parte, en la exclusión del círculo de sujetos pasivos de este apartado de la mujer víctima de violencia causada por hombre al que le une, o ha unido, una relación afectiva de pareja y de las personas especialmente vulnerables que convivan con el agresor y, por otra, en la reducción del ámbito objetivo de aplicación de la norma al quedar fuera las amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos.

Por tanto, los Sres. y Sras. Fiscales aplicarán con carácter excluyente el apartado 1.º del artículo 153 CP cuando el sujeto pasivo sea mujer y el sujeto activo sea hombre y entre ambos exista o haya existido una relación afectiva de pareja, aun sin convivencia. El apartado 2.º de dicho artículo será de aplicación al resto de las relaciones previstas en el artículo 173.2 CP, incluidas las parejas homosexuales.

Determinadas personas vulnerables pueden encontrarse contempladas en ambos preceptos ya que el artículo 173.2 CP incluye a descendientes, menores o incapaces que convivan con el agresor y a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren en situación de guarda en centros públicos o privados. En tales supuestos los Sres. y Sras. Fiscales examinarán las circunstancias que concurren en la víctima vulnerable, aplicando con carácter preferente el tipo agravado del apartado 1.º del artículo 153 cuando concurra el requisito de la convivencia con el agresor (art. 8.4 CP).

#### IV.A.3 AGRAVACIONES ESPECÍFICAS: APARTADO 3.º

«3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.»

El apartado tercero contiene diversas agravaciones penológicas que son de aplicación tanto al tipo básico común del apartado segundo como al nuevo tipo agravado del apartado primero del artículo 153.

Dado que la redacción de este apartado no ha sufrido modificación alguna, siguen siendo de aplicación los criterios interpretativos que en relación con el mismo fueron efectuados en la Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica.

Basta que concurra una sola de tales circunstancias para la apreciación de la agravación como se desprende de la redacción en forma alternativa de las distintas modalidades agravatorias. Es preciso recordar igualmente que del empleo en plural del término «menores» para describir uno de los subtipos agravados ha de interpretarse que basta para la agravación que la conducta se despliegue en presencia de un solo menor de edad, sin que pueda ser agravada más aún por el hecho de que sean varios los menores que la presencien. Así como que se ha de tratar de menores integrados en el círculo de sujetos del artículo 173.3 CP, pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo. Es decir, no se agravará la conducta cuando ésta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido (por ejemplo agresión entre cónyuges en la vía pública presenciada por menores transeúntes). Confirma esta interpretación el hecho de que las lesiones entre extraños no se agravan cuando se cometen en presencia de menores.

Por otra parte, el desplazamiento de las amenazas leves con armas del artículo 153 al artículo 171 CP despeja definitivamente la posibilidad de conculcar el principio non bis in idem cuando la agravación del 153.3 se fundamente en la utilización de armas, tal como se planteaba con la anterior ubicación sistemática de tales conductas, ya que en el artículo 171 el empleo de armas no se contempla como agravación específica.

#### IV.A.4 TIPO PRIVILEGIADO: APARTADO 4.<sup>º</sup>

«4.º No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.»

La introducción de una cláusula atenuatoria específica, desconocida hasta ahora en la regulación de la violencia doméstica (al margen de la previsión del apartado segundo del art. 147 CP para los «supuestos de menor gravedad atendido el medio empleado o el resultado producido») responde a razonables exigencias de los principios de proporcionalidad y culpabilidad habida cuenta de la singularidad de la reforma y de la materia a regular.

A través de esta regla penalógica, de carácter facultativo, los Sres. y Sras. Fiscales individualizarán la respuesta penal en atención a la gravedad intrínseca del hecho teniendo en cuenta cumulativamente los dos parámetros legales de atenuación –las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho– a efectos de posibilitar un tratamiento diferenciado a los supuestos en los que se ponga de manifiesto una menor responsabilidad penal (forma de la agresión, intensidad de la acción, agresiones mutuas, personalidad no violenta del autor, etc.).

#### IV.B) Los nuevos tipos cualificados de lesiones del artículo 148 CP

El artículo 36 LOMPIVG incorpora nuevas agravantes específicas respecto a las lesiones del artículo 147.1 CP, añadiendo la alevosía junto al ensañamiento en el número segundo e introduciendo dos nuevos ordinales en el artículo 148 CP:

«2.<sup>º</sup> Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

4.<sup>º</sup> Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5.<sup>º</sup> Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.»

Como decíamos al inicio del capítulo la razón de ser de la reforma penal operada por la LO 1/2004 en razón de los sujetos despliega su actividad en esta y otras figuras penales.

Valen, por tanto, los argumentos esgrimidos en relación a la interpretación del nuevo delito de maltrato agravado del apartado primero del artículo 153 en relación a los sujetos relacionados, con la única consideración de que, a diferencia de aquél, la cualificación de los sujetos pasivos no conlleva la aplicación automática de la agravación prevista en los apartados 4 y 5 del artículo 148 CP, el cual sigue siendo de aplicación potestativa (STS 730/2003, de 19 de mayo) en la medida que el Tribunal la valore como determinante de una mayor gravedad.

Los Sres. y Sras. Fiscales, por tanto, tendrán en consideración para la aplicación del subtipo agravado la entidad del resultado causado o riesgo producido, sin que la concurrencia del mero dato subjetivo cualificador de la víctima genere la automática subsunción en el artículo 148 CP.

Por otro lado, la reforma puede afectar a la aplicación de las circunstancias agravantes genéricas de modificación de la responsabilidad criminal respecto a las lesiones del artículo 147.1 CP.

De modo que, al considerar la aplicación de las nuevas modalidades del subtipo agravado los Sres. y Sras. Fiscales deberán tener en cuenta que algunas circunstancias genéricas de modificación de la responsabilidad criminal se encuentran ínsitas en la descripción del tipo, tales como la circunstancia mixta de parentesco en el apartado 4.º o la agravante de alevosía en el apartado 5.º cuando aquélla venga determinada por el aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento (niños de corta edad, ancianos debilitados, personas privadas de razón o sentido, personas gravemente enfermas, personas que duermen o en estado de embriaguez STS 169/03, de 10 de febrero).

#### IV.C) La nueva regulación del delito de amenazas

La sistemática seguida por el legislador a la hora de reformar el artículo 171 CP es exactamente idéntica a la que emplea al modificar el artículo 153, pues incorpora tres apartados, numerados como 4, 5 y 6, que reproducen los homólogos del delito de maltrato simple.

Los nuevos apartados del artículo 171 disponen:

«4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia... Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo,...

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.»

En el apartado 4.º los sujetos activos y pasivos son los mismos que los comprendidos en el delito del artículo 153.1 y, por tanto, se dan por reproducidas las consideraciones realizadas *supra*.

La acción consiste en amenazar levemente, a quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al hombre autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, por lo que, siguiendo la tendencia ya iniciada por la LO 11/2003, se transforma en delito la conducta que, hasta ahora, se encontraba ubicada en la falta del artículo 620.2.º CP.

De modo que en el apartado 4.º se tipifica en todo caso como delito cualquier amenaza leve, con o sin arma, cuando la víctima sea la mujer en el marco de la relación de pareja antes descrito o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

La nueva redacción legal no menciona expresamente como conducta punible comprendida en este apartado la amenaza leve con armas y otros instrumentos peligrosos anteriormente prevista en el artículo 153, pese a lo cual deben entenderse incluidas en su ámbito de aplicación siempre y cuando atendidas la entidad y circunstancias del hecho puedan reputarse como amenazas de intensidad leve. En otro caso, si la amenaza es grave, por el principio de especialidad deberá acudirse a la aplicación de los artículos 169 o de los restantes apartados del artículo 171 CP con la concurrencia, si procede, de la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del CP.

En el apartado 5.º se protege al resto de sujetos pasivos del artículo 173.2 CP frente a las amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos exclusivamente, pues a diferencia de lo que ocurre en el apartado anterior, otro tipo de amenazas leves será constitutivo de falta del artículo 620 CP.

Asimismo se introducen en relación con los delitos de amenazas leves de los apartados 4.º y 5.º las mismas circunstancias específicas de agravación previstas en el apartado 3.º del artículo 153 a excepción de la utilización de armas que ha quedado excluida como modalidad agravada, tanto respecto de los delitos de amenazas como de coacciones leves.

En el apartado 6.º se introduce una cláusula atenuatoria idéntica a la prevista en el artículo 153.4, por lo que huelga más comentario.

#### **IV.D) La nueva regulación del delito de coacciones**

Artículo 172 CP:

2. «El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado...

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado».

De igual modo que respecto de las amenazas, la reforma penal ha afectado a la tipificación legal de las coacciones leves, transformando en delito las conductas que antes constituyan la falta del artículo 620.2 CP cuando se cometan por el hombre contra la mujer que es o ha sido su pareja o aquellas que se lleven a cabo contra las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor.

La tipificación como delito de los comportamientos constitutivos de coacciones leves no se extiende a los restantes sujetos pasivos del artículo 173.2 CP, por lo que toda coacción de carácter leve entre éstos será constitutiva de la falta prevista en el artículo 620.2 CP a diferencia de lo que ocurre con las figuras de maltrato simple (art. 153.2) y amenazas leves (art. 171.5).

En relación con el delito de coacciones leves se introducen igualmente las mismas circunstancias de agravación y atenuación previstas en relación con el nuevo tipo de amenazas leves, mencionadas anteriormente.

#### **IV.E) Aplicación residual del artículo 620 CP**

Dispone este artículo:

«Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

1.º Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2.º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.»

La única modificación que presenta el artículo está recogida en el apartado 2, cuando exceptúa de su ámbito de aplicación la amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el hecho sea constitutivo de delito. La incorporación de esta excepción es consecuencia de la nueva regulación de los delitos de amenazas y coacciones leves al haber transformado en delito determinadas conductas que hasta la reforma eran constitutivas de falta.

Por ello, en el ámbito de la violencia intrafamiliar este precepto tendrá un carácter absolutamente residual.

Así, tendrán la consideración de falta las amenazas de carácter leve que, sin empleo de arma, se lleven a cabo entre los sujetos del artículo 173.2, así como las coacciones que, con carácter leve, se lleven a efecto entre los mismos sujetos. Las vejaciones injustas y los insultos son las únicas figuras que no gozan de la protección penal que la reforma ha otorgado a los sujetos cualificados tantas veces mencionados, incrementándose en todos estos casos la pena en los términos propuestos en el párrafo tercero del apartado 2, que no se ha visto reformado.

#### IV.F) La nueva regulación del delito de quebrantamiento de condena

Se modifica el artículo 468 del Código Penal que queda redactado de la siguiente forma:

«1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados...

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.»

La nueva redacción dada al precepto pone fin a la polémica suscitada en torno a la posibilidad de adoptar la medida cautelar de prisión provisional en los supuestos en que el agresor, en situación de libertad, quebrantaba una medida cautelar de alejamiento o incomunicación decretada por la vía del artículo 544 bis LECrim. En una interpretación literal de la anterior redacción del artículo 468.2 CP, la posibilidad de castigar el delito de quebrantamiento con pena de prisión quedaba reservada a los supuestos en que se incumpliera el alejamiento o incomunicación decretados como pena accesoria en sentencia firme, pero no respecto de aquellos que, cautelarmente, se imponían en el curso de un procedimiento judicial, para los que únicamente estaba prevista pena de multa.

La actual redacción equipara la sanción del quebrantamiento de las penas contempladas en el artículo 48 CP con el de las medidas cautelares o de seguridad, esta-

bleciendo, en todo caso, pena de prisión de seis meses a un año siempre que hubieran sido impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2. Obsérvese que en este caso la reforma afecta al quebrantamiento de cualquier medida cautelar o condena impuesta por delitos de violencia doméstica en sentido amplio, sin quedar limitada a las derivadas de delitos relacionados exclusivamente con la violencia de género.

#### **IV.G) Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad**

El artículo 83.1.6.<sup>a</sup>, párrafo 2.<sup>º</sup>, del Código Penal dispone:

«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.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> de este apartado.»

La modificación llevada a cabo por la LO 1/2004 en materia de suspensión de la ejecución de la pena, reforma nuevamente el párrafo 2.<sup>º</sup> del artículo 83, manteniendo el carácter imperativo de la suspensión condicionada al cumplimiento de las obligaciones y deberes previstos en las reglas 1.<sup>a</sup> (prohibición de acudir a determinados lugares) 2.<sup>a</sup> (prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que el Juez determine, o de comunicarse con ellos) y –esta es una de las novedades– 5.<sup>a</sup> (participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares), regla de conducta esta última cuyo objeto no contempla, como las dos primeras, la protección de la víctima sino la formación del autor del delito a través de su participación e intervención obligatoria en diferentes programas.

La segunda modificación se refiere al ámbito en que esta concesión necesariamente condicionada despliega sus efectos, al referirse el legislador, tras la reforma, a delitos relacionados con la violencia de género.

Frente a la anterior redacción del precepto en que de forma tasada se aludía a los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 CP la expresión acuñada tras la reforma «delitos relacionados con la violencia de género», deberá ser interpretada conjugando el artículo 1 LO 1/2004 en relación con las normas que determinan la competencia en el orden penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. De forma que por «delito relacionado con la violencia de género» se entenderán aquellos que, siendo competencia de los Juzgados de violencia sobre la mujer conforme al artículo 87 ter 1.a) y b) LOPJ –*vid. infra* Tutela Judicial–, hayan tenido como sujeto pasivo a la mujer que fuere o hubiere sido esposa, o que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. No quedarán amparados en dicha expresión, por no aparecer dichos sujetos incluidos en el artículo primero de la LO 1/2004, los cometidos contra los descendientes, menores o incapaces del círculo afectivo de la mujer, aunque hayan sido conocidos por los referidos Juzgados, ya que otro entendimiento supondría extender el ámbito de aplicación de las normas procesales de competencia a supuestos sustantivos condicionantes de la ejecución de la pena.

El artículo 34 LO 1/2004, modifica el apartado 3.<sup>º</sup> del artículo 84 CP, disponiendo que el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, en el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, de modo que al igual que sucede en la nueva redacción de los artículos 83 y 84, cambia el supuesto de

aplicación de la norma, anteriormente previsto para la suspensión de penas de prisión por comisión de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 CP.

Se mantienen, por último, todas las indicaciones recogidas en la Circular 1/2005 en relación a la observancia del contenido del precepto.

#### **IV.H) Sustitución de penas**

El párrafo tercero del apartado 1 del artículo 88 del Código Penal queda redactado de la forma siguiente:

«En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del apartado 1 del artículo 83 de este Código.»

Al igual que en los preceptos anteriores, la interpretación literal del precepto obliga a aplicar esta regla únicamente a los delitos relacionados con la violencia de género, lo que, sin duda, altera el ámbito de aplicación que la LO 15/2003 le había concedido para el supuesto de condena por delito tipificado en el artículo 173.2 CP.

Se mantienen igualmente las directrices contenidas en la Circular 1/2005 en relación a la ausencia de referencias a 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. Recordando a los Sres. y Sras. Fiscales que, 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.

### **V. LA TUTELA JUDICIAL**

#### **V.A) Antecedentes**

El carácter parcial de las reformas legislativas acometidas hasta fechas recientes –sin perjuicio de reconocer el importantísimo avance que, en poco tiempo, han supuesto en la lucha contra la violencia doméstica en nuestro país– ha venido exigiendo un esfuerzo sostenido de coordinación en el ámbito de la Justicia y de ésta con el resto de la estructura administrativa del Estado, que no siempre ha dado los resultados deseados.

En el ámbito de la Administración de Justicia se hizo preciso regular, tanto el reparto de asuntos con el fin de evitar la dilación en la tramitación de los procedimientos de violencia familiar cuando existían denuncias anteriores –Instrucción 3/2003, de 9 de abril del Pleno del Consejo General del Poder Judicial sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica–, como la coordinación entre la jurisdicción civil y penal –Protocolo de Coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil de 20 enero de 2004.

Desde el ámbito de la Fiscalía, la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado articuló una serie de medidas organizativas en el seno de las Fiscalías territoriales.

riales, tales como la creación de los Servicios de Violencia Familiar o el Registro Especial de causas de Violencia Doméstica y la Circular 3/2003 dispuso que los Fiscales adscritos al Juzgado de Instrucción que hubieren sido notificados de la orden de protección remitieran copia de ésta, si se pronunciare sobre medidas civiles, a la Sección Civil de la Fiscalía para procurar la coordinación entre ambas jurisdicciones, seguimiento que no siempre ha sido fácil, dados los distintos fueros competenciales existentes en las jurisdicciones penal y civil, entre otros motivos.

La LO 1/2004, en su Título V, regula la llamada Tutela Judicial con el declarado propósito de garantizar un tratamiento especializado y eficaz de la situación jurídica, personal, familiar y social de las víctimas de violencia de género.

Dicha tutela se vertebría sobre cuatro novedosas iniciativas de carácter orgánico-procesal:

1. Previsión de órganos jurisdiccionales especializados: Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Juzgados de lo Penal y Secciones de la Audiencia Provincial (Capítulo I).
2. Superación de la tradicional separación de competencias penales y civiles en el tratamiento jurisdiccional de los asuntos relacionados con la violencia de género (Capítulos II y III).
3. Regulación específica de las medidas de protección y seguridad de las víctimas de violencia de género (Capítulo IV).
4. Creación del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer (Capítulo V).

#### **V.B) El principio de especialización**

El principio de especialización que informa la LO 1/2004, aparece expresamente mencionado como uno de sus principios rectores en el artículo 2.j) que propugna «Fomentar la especialización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas» y despliega sus efectos en todos los ámbitos afectados por la reforma como puede observarse a lo largo del articulado y en concreto en relación con la Administración de Justicia:

En el artículo 20.3, se prevé una formación específica para el ejercicio del turno de oficio que coadyuve al ejercicio profesional de una defensa eficaz en materia de violencia de género.

En el artículo 31, la creación en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de unidades especializadas en la prevención de la violencia sobre la mujer y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas.

En la Fiscalía se crea la plaza del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, como delegado del Fiscal General del Estado (art. 70), así como Secciones especializadas en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales (art. 71).

Y, por último, en la Disposición adicional segunda se prevé la organización de los servicios forenses de modo que cuenten con unidades de valoración forense integral encargadas de diseñar protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género.

#### **V.C) Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Reformas orgánicas**

Tal como señala la Exposición de Motivos desde el punto de vista judicial nos encontramos ante un fenómeno complejo en el que es necesario intervenir desde distintas perspectivas jurídicas y normativas, tanto procesales como sustantivas.

En la debatida cuestión acerca de atribuir determinadas competencias penales a los Juzgados civiles que tramitan procesos de familia o, a la inversa, atribuir competencias civiles a los juzgados del orden penal o, sobre la conveniencia de crear un orden jurisdiccional propio –tal como preveía la Proposición de Ley de 2001– el legislador de 2004, a la hora de articular una respuesta judicial más eficaz a este problema, se inclina por diseñar un nuevo modelo sobre la base de dos premisas, ya mencionadas, una la especialización, otra el tratamiento conjunto de los aspectos penales y civiles de la crisis afectiva en un único órgano judicial a fin de evitar a las víctimas el peregrinaje por distintos Juzgados.

Para ello, de las tres posibilidades anteriormente expuestas la LO 1/2004, apuesta por la creación de Juzgados especializados, integrados dentro del orden penal pero trayendo competencias civiles en la línea ya iniciada por la Ley reguladora de la orden de protección, si bien no sólo a título preventivo, sino también de fondo.

La nueva estructura judicial impone cambios en la legislación orgánica y procesal que aparecen dispersos en la Ley y que se dejan meramente enunciados en las siguientes líneas, sin perjuicio de que sea necesario volver sobre alguno de ellos al abordar temas concretos.

En materia de organización judicial encontramos diversos preceptos tanto en el texto articulado, como en las disposiciones adicionales y finales y en el Anexo de la Ley.

En orden a la organización territorial el artículo 43 LO 1/2004 adiciona un artículo 87 bis en la Ley Orgánica del Poder Judicial con la siguiente redacción:

«1. En cada partido judicial habrá uno o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial. Tomarán su designación del municipio de su sede.

2. No obstante lo anterior, podrán establecerse, excepcionalmente, Juzgados de Violencia sobre la Mujer que extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia.

3. El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que, en aquellas circunscripciones donde sea conveniente en función de la carga de trabajo existente, el conocimiento de los asuntos referidos en el artículo 87 ter de la presente Ley Orgánica, corresponderá a uno de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción en su caso, determinándose en esta situación que uno solo de estos Órganos conozca de todos estos asuntos dentro del partido judicial, ya sea de forma exclusiva o conociendo también de otras materias.

4. En los partidos judiciales en que exista un solo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción será éste el que asuma el conocimiento de los asuntos a que se refiere el artículo 87 ter de esta Ley.»

Este artículo se completa con las necesarias modificaciones de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial que llevan a cabo los artículos 48, 50, 51, 52 y la disposición adicional decimoctava de la LO 1/2004 (Anexo XIII).

A su vez, la disposición final cuarta habilita al Gobierno a través del Ministerio de Justicia para adoptar en el plazo de seis meses desde la publicación de la Ley (29 de diciembre de 2004) las medidas necesarias para la implantación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como para la adecuación de la estructura del Ministerio Fiscal a las previsiones de aquella.

En desarrollo de tal mandato, el Real Decreto 233/2005, de 4 de marzo, dispone la creación y constitución de 16 Juzgados de Violencia sobre la Mujer, correspondientes a la programación del año 2005, habilita al Consejo General del Poder Judicial para que designe los Juzgados que se encargarán de la materia en régimen de compa-

tibilidad con otras –lo que se ha efectuado por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 27 de abril de 2005– y en relación con aquellos partidos judiciales en que exista un único Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, dispone que será éste el que asumirá el conocimiento de dichos asuntos.

La disposición adicional décima LO 1/2004 introduce determinadas modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial para acomodarla a la existencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer, tales como: la modificación del apartado 1 del artículo 87 LOPJ referido a la competencia de los Juzgados de Instrucción; la adición de un nuevo párrafo en el apartado 2, del artículo 89 bis LOPJ relativo a la especialización de los Juzgados de lo Penal; la reforma del apartado 1 del artículo 210 y la introducción de un nuevo párrafo en el apartado tercero del artículo 211 LOPJ para regular el régimen de sustitución de los Jueces encargados de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

La Disposición Adicional duodécima, añade una disposición adicional cuarta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la que las referencias que se hacen al Juez de Instrucción y al Juez de Primera Instancia en los apartados 1 y 7 del artículo 544 ter se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer; y las referencias que se hacen al Juez de Guardia en el Título III del Libro IV, y en los artículos 962 a 971 de esta Ley, se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer.

Por último, la disposición final primera, establece que todas las referencias y menciones contenidas en las leyes procesales penales a los Jueces de Instrucción deben también entenderse referidas a los Jueces de Violencia sobre la Mujer en las materias propias de su competencia.

## VI. COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Las reglas relativas a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se encuentran dispersas en los Capítulos I, II y III del Título V de la LO 1/2004.

Razones metodológicas aconsejan abordar primero la regulación de las competencias de dichos Juzgados en el orden jurisdiccional penal, para estudiar ulteriormente las atribuciones propias del orden jurisdiccional civil por venir éstas supeditadas a aquellas.

### VI.A) Competencias en el orden penal

#### VI.A.1 COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL

La competencia objetiva y funcional en el orden penal de los Juzgados de violencia sobre la mujer viene establecida en los artículos 44, 58 y 60 de la LO 1/2004, por los que, respectivamente, se adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica del Poder Judicial, se modifica el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se introduce un nuevo artículo 17 bis en dicha Ley procesal.

El nuevo artículo 87 ter LOPJ, al que se hará referencia frecuentemente en este capítulo, está distribuido en cinco apartados y regula tanto la competencia en el orden penal (apartado primero) como la competencia en el orden civil (apartados segundo y tercero). Su apartado cuarto contiene una previsión general de inhibición para el caso de que el Juez de Violencia sobre la Mujer aprecie su incompetencia objetiva y el

apartado quinto introduce la prohibición de mediación en estos supuestos, en una cláusula ciertamente ajena al contenido del artículo.

A su vez la modificación del artículo 14 LECrim incluye en éste un nuevo apartado quinto relativo a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que reproduce el contenido del artículo 87 ter.1 LOPJ, adaptando en consonancia los restantes apartados de aquel artículo a las competencias propias de dichos Juzgados en relación con el conocimiento y fallo de las faltas, la instrucción de delitos o el enjuiciamiento y fallo de conformidad de delitos menos graves, así como a la competencia territorial de la Audiencia Provincial (o del Tribunal del Jurado) para el enjuiciamiento de los restantes delitos en el caso de que los haya instruido un Juez de Violencia sobre la Mujer.

La determinación de la competencia objetiva y funcional de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se establece sobre la base de dos presupuestos concurrentes: la clase del delito o falta que constituye el objeto del proceso ( criterio *ratione materiae*) y las personas que aparecen como sujeto activo y pasivo de dicha infracción penal ( criterio *ratione personae*).

#### VI.A.1.a) Competencia por razón de la materia

El criterio seguido por la ley para la determinación de la competencia *ratione materiae* se corresponde con un sistema mixto que comprende junto a un catálogo de infracciones penales, una cláusula genérica de cierre y determinadas competencias por conexión, que conviene delimitar para no perjudicar el principio de seguridad jurídica.

##### 1. Catálogo de delitos. Artículo 87 ter 1.a) LOPJ.

La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extiende a la instrucción y, en su caso, enjuiciamiento de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral y contra la libertad e indemnidad sexuales.

Dicho listado no precisa tipos delictivos concretos (como sucede en la determinación de la competencia del Tribunal del Jurado o de la Audiencia Nacional), sino mediante referencia a aquellos títulos del Código Penal que por tutelar bienes jurídicos de naturaleza personal, en sentido amplio, resultan de más frecuente aplicación en el tratamiento jurisdiccional de la violencia intrafamiliar.

No obstante, es evidente que no todas las figuras delictivas comprendidas en cada uno de aquellos títulos son susceptibles de comisión en el ámbito propio de esta Ley.

Obviamente, no tendrán cabida aquellas infracciones penales cuya configuración típica excluye *ab initio* toda posibilidad de relación con el objeto de la Ley, como ocurre, entre otros, con los delitos imprudentes (arts. 142, 146, 152 y 158 CP), el aborto causado por la propia mujer (art. 145.2 CP), la riña tumultuaria (art. 154 CP), las amenazas contra grupos de población (art. 170 CP) o los atentados contra la integridad moral realizados por autoridad o funcionario público (art. 175 CP). El delito de torturas, inicialmente previsto en el Proyecto de Ley, acertadamente se excluyó durante la tramitación parlamentaria, dada la cualidad típica de los sujetos activos.

Otras conductas delictivas, son difícilmente imaginables en este ámbito legal, como el aborto con el consentimiento de la mujer (art. 145.1 CP), salvo que pensemos en supuestos de inducción a la mujer por parte de su pareja masculina en el seno de una relación de dominio.

Y, por último, en dichos Títulos del Código Penal se incluyen otros delitos, que sólo pueden tener como sujetos pasivos a menores o incapaces, por lo que tendrán que

ir acompañados de actos de violencia de género para que puedan quedar bajo el marco competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer: exhibicionismo (art. 185 CP), provocación sexual (art. 186 CP), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (arts. 187, 188.3 y 189 CP), salvo que la mujer –menor de edad o incapaz– fuere o hubiere sido la pareja sentimental del autor.

2. Cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación. Artículo 87 ter 1.a) LOPJ.

En este apartado el legislador establece una cláusula de cierre con la finalidad de que ningún acto de violencia de género escape de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

El término «violencia», equivale a *vis physica*, e implica actos de fuerza o agresión sobre la persona, sea el sujeto pasivo del delito, sea un tercero sobre el que se ejerce violencia para coaccionar a aquél. Jurisprudencialmente se ha entendido como equivalente a acometimientos, golpes, empujones, abalanzamientos, forcejeos, tiros o comportamientos físicos análogos (SSTS de 15 de octubre de 2004, de 23 de septiembre de 2002 o de 4 de septiembre de 2000, entre otras).

La intimidación también constituye un concepto normativo que equivale a *vis moral*, habiéndola interpretado el Tribunal Supremo como sinónimo de causar temor, implicando el empleo de medios coercitivos no físicos, sino psíquicos, capaces de provocar anulación de los resortes defensivos de la víctima, perturbando seria y acuñadamente sus facultades volitivas. En ocasiones puede bastar con la creación de una situación ambiental integrada por una serie de circunstancias que la víctima valore como algo que hace inútil una posible oposición por su parte. Por último, en la intimidación jugarán factores como la constitución física y otras circunstancias personales de agresor y víctima, circunstancias de lugar y tiempo, contexto o ambiente en que se produce la acción (SSTS de 15 de octubre de 2004 y de 3 de octubre de 2002, entre otras).

Al amparo de este apartado, la competencia de estos nuevos órganos jurisdiccionales podrá extenderse a todos aquellos tipos penales cuya ejecución vaya acompañada de actos de violencia o intimidación aunque no estén incluidos en los títulos anteriormente mencionados, tales como: allanamiento de morada con violencia o intimidación (art. 202.2 CP), robo violento o con intimidación (art. 242 CP), extorsión (art. 243 CP), robo de uso de vehículo (art. 244.4 CP), usurpación (art. 245 CP), realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP), obstrucción a la Justicia (art. 464 CP), delitos contra los derechos de los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP) o contra la libertad de conciencia (art. 522 CP), siempre que estén relacionados con el objeto de la LOMPIVG.

Por último, debe tenerse en cuenta que los delitos relacionados con la violencia psíquica (arts. 153, 173.2 CP, entre otros) pueden venir integrados por conductas inicialmente no incluidas en el ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, tales como daños, incendios, injurias, etc., lo que implica que en tales circunstancias dichos Juzgados conocerán de estos otros comportamientos delictivos aún cuando no aparezcan expresamente previstos en la delimitación de su ámbito competencial.

3. Los delitos contra los derechos y deberes familiares. Artículo 87 ter 1.b) LOPJ.

Dicho epígrafe se corresponde con la rúbrica del Capítulo III del Título XII del Libro II CP, que comprende tres secciones, la primera «Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono del domicilio»; la

segunda «De la sustracción de menores» y la tercera «Del abandono de familia, menores o incapaces».

En relación con la atribución competencial de los delitos contra los derechos y deberes familiares a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, resulta necesario efectuar algunas precisiones.

En principio, el delito de quebrantamiento de los deberes de custodia (art. 223 CP) quedará fuera de la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer por incompatibilidad de sus exigencias típicas con comportamientos propios de violencia de género, ya que no puede ser cometido en general por los progenitores, ni es aplicable al progenitor en supuestos de separación o divorcio (SAP Álava, de 4 de octubre de 2002).

De los restantes delitos del Capítulo III los Juzgados de Violencia sobre la Mujer instruirán determinados supuestos de: inducción de menores al abandono de domicilio (art. 224 CP), sustracción de menores (art. 225 bis CP), abandono de menores o incapaces (arts. 229 a 231 CP), utilización de menores o incapaces para la mendicidad (art. 232 CP) o abandono de familia propio (art. 226 CP), aunque el delito previsiblemente más frecuente, por su mayor incidencia estadística, será el de abandono de familia impropio (art. 227 CP).

Por otra parte, debe abordarse la incidencia que la específica condición de los respectivos sujetos pasivos de dichas infracciones penales puede provocar en la asignación de estos delitos a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Como se habrá observado, salvo los delitos de abandono de familia que veremos a continuación, los demás tipos penales del Capítulo III objeto de examen, requieren como sujeto pasivo, en todo caso, a un menor de edad o a un incapaz. Pese a ello el artículo 87 ter.1.b) sólo condiciona la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer cuando se trata de estos delitos a que «la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior» sin precisar si en relación con los delitos cometidos contra los descendientes, menores o incapaces también es indispensable que se haya cometido un acto de violencia de género, presupuesto condicionante de la competencia en tales casos cuando se trata de los delitos de la letra *a*).

Como se indica infra una interpretación sistemática y teleológica de la norma abona la consideración de que también los delitos contra los derechos y deberes familiares cometidos contra descendientes, menores o incapaces del artículo 87 ter.1.b) LOPJ deberán ir acompañados de actos de violencia de género para tener cabida en el marco competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

En cuanto al delito de abandono de familia propio (art. 226 CP) el tipo penal extiende el círculo de agraviados además de al cónyuge, a los descendientes y ascendientes que se hallen necesitados, pero por imperativo del artículo primero de la LOMPIVG, éstos dos últimos supuestos quedarán fuera del ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, salvo que tratándose de descendientes también se haya producido un acto de violencia de género.

El delito de impago de pensiones, con el que el legislador trata de proteger a los miembros económicamente más débiles del cuerpo familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos (STS de abril de 2001), también puede tener como sujeto pasivo a la mujer que es o ha sido cónyuge, a los hijos, o ambos.

En aquellos casos en que la prestación económica que resulta desatendida tenga por objeto exclusivamente alimentar a los hijos éstos serán los sujetos pasivos, en cuanto titulares de las pensiones alimenticias y del bien jurídico protegido (el derecho familiar a percibir una pensión alimenticia por decisión judicial) aún cuando la madre pueda resultar perjudicada –como perjudicada civil– si ha subvenido con sus propios recursos eco-

nómicos al mantenimiento de aquéllos y aunque conforme al artículo 228 CP resulte legitimada para denunciar el delito mientras los hijos no adquieran la mayoría de edad. En estos casos, la imputación de un delito de impago de pensiones respecto de los hijos determinará la competencia del Juzgado de Instrucción ordinario, salvo que también se haya producido un acto de violencia de género, en cuyo caso el Juzgado especializado atraerá la competencia para conocer ambos.

#### 4. Conocimiento y fallo de las faltas de los títulos I y II del Libro III CP. Artículo 87 ter 1.d) LOPJ.

También en este caso es preciso que la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra *a*) del artículo 87 ter 1, esto es, quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como los descendientes, propios de aquél o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente. Partiendo de la interpretación anteriormente expuesta en relación con los delitos contra los derechos y deberes familiares del artículo 87 ter.1.b) LOPJ, cuando las faltas del apartado *d*) de dicho artículo tengan como víctima a un descendiente, menor o incapaz del grupo familiar, deberán ir acompañadas de actos de violencia de género para quedar atribuidas a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

La inclusión en la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de, entre otras, las faltas de injurias y contra el patrimonio cuando en el apartado *a*) del mismo artículo 87.1 LOPJ son objeto de exclusión tanto los delitos contra el patrimonio como los delitos contra el honor, origina algún desconcierto sobre todo si se tiene en cuenta que ambas categorías de infracciones sí aparecen relacionadas en el artículo 57 CP al que se refiere el artículo 544 bis introducido por la LO 14/1999 de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de los malos tratos.

Si atendemos a los antecedentes prelegislativos de la LOMPIVG, se puede observar cómo el artículo 33 del Anteproyecto de Ley, al regular la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, establecía que éstos «conocerán del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los Títulos I y II del Libro III del Código Penal, siempre que se hayan cometido con ocasión de actos de violencia sobre la mujer». Esta redacción parecía atribuir competencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer sobre aquellas faltas que resultasen incidentales a actos de violencia de género, ya que dado el carácter residual de las faltas en este ámbito tras las últimas reformas, no presentarían suficiente entidad para constituir, singularmente consideradas, actos de violencia de género. No obstante el Proyecto de Ley, respondiendo a las observaciones que aconsejaban acotar el sujeto pasivo de dichas faltas en los términos previstos en el número primero del artículo 87 ter LOPJ recogió la redacción definitivamente aprobada.

En relación con las faltas contra las personas (Título I), hay que tener en cuenta que tras las últimas reformas del Código Penal (LO 11/2003 y LO 1/2004) las únicas infracciones penales susceptibles de comisión «contra quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia» que subsisten como falta son: la vejación injusta y la injuria leve (art. 620 CP) y en determinadas condiciones (esto es, si se producen en un contexto de violencia de género) el incumplimiento de obligaciones familiares (art. 618.2 CP), la dejación de los deberes de asistencia (art. 619 CP), y la infracción del régimen de custodia (art. 622 CP).

La falta de omisión de auxilio a menor o incapaz que se encuentra abandonado (art. 618.1 CP) resulta de imposible aplicación en el ámbito de esta Ley atendidas las exigencias típicas de aquélla, al igual que sucede con las infracciones imprudentes incriminadas en el artículo 621 CP.

Por lo que respecta a las faltas contra el patrimonio (Título II): eventualmente la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer podrá alcanzar algún supuesto de daños (art. 625 CP) o más difícilmente de hurto, utilización ilegítima de vehículo a motor o ciclomotor, estafa o apropiación indebida (art. 623 CP), pero resulta casi imposible relacionar la violencia de género con las faltas de defraudación de energía (art. 623), alteración de lindes o distracción de aguas (art. 624 CP). En todo caso deberá tenerse en cuenta la aplicabilidad de la excusa absolutoria del artículo 268 del CP, extensible según el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala 2.<sup>a</sup> de 1 de marzo de 2005 a las parejas de hecho.

5. De la adopción de la orden de protección sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de guardia. Artículo 87 ter 1.c) LOPJ.

Dispone el nuevo artículo 87 ter.1.c) LOPJ (art. 44 LOMPIVG) que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán de la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de guardia. En idéntico sentido se pronuncia el nuevo artículo 14.5.c) LECrim (art. 58 LOMPIVG). El artículo 87.f) LOPJ modificado por la Disposición Adicional décima LO 1/2004, al regular las competencias del Juzgado de Instrucción, le atribuye la adopción de la orden de protección a las víctimas de violencia sobre la mujer cuando esté desarrollando funciones de guardia, siempre que no pueda ser adoptada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

El artículo 62 LOMPIVG establece que «recibida la solicitud de adopción de una orden de protección, el Juez de Violencia sobre la Mujer, y en su caso el Juez de guardia, actuarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 544 ter LECrim».

La disposición adicional decimosegunda LOMPIVG añade una Disposición Adicional cuarta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la cual «las referencias al Juez de Instrucción y al Juez de Primera Instancia en los apartados 1 y 7 del artículo 544 ter de esta Ley, en la redacción dada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer».

Los anteriores preceptos permiten concluir, sin lugar a dudas, que la competencia objetiva para resolver las solicitudes de adopción de las órdenes de protección referidas a las víctimas de infracciones penales cuya instrucción sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer corresponde asimismo a dichos Juzgados.

No obstante, la necesidad de priorizar la resolución de la orden de protección –dada las razones de urgencia que la informan– con independencia de cuál sea el momento o el lugar en que se solicite, motiva la habilitación de otros órganos jurisdiccionales para conocer de aquellas solicitudes en determinados supuestos.

Por esta razón el Juez de Instrucción de guardia (vid. infra VI.A.4 sobre actuación del Juez de guardia) será competente para conocer de las solicitudes de orden de protección, además de cuando los posibles beneficiarios, pese a estar incluidos en el artículo 173.2 CP (al que se remite el apartado primero del art. 544 ter LECrim) no se reputen víctimas de violencia de género conforme al artículo 1 LOMPIVG, cuando tratándose de una víctima de violencia de género, sea solicitada fuera de las horas de audiencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o en un partido judicial distinto al competente territorialmente.

Con relación al Juzgado de Violencia sobre la Mujer territorialmente competente para dictar la orden de protección a favor de las víctimas de la violencia de género, rige la regla general del domicilio de la víctima prevista en el artículo 15 bis LECrim –adicionado por el art. 59 LOMPIVG– si bien el propio artículo 15 bis añade «sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos.» Este último inciso se está refiriendo, obviamente, al caso de que el lugar de comisión de los hechos y el del domicilio de la víctima no coincidan y exige un par de puntualizaciones:

En primer lugar, aunque la Ley no lo diga expresamente, por Juez del lugar de comisión de los hechos hemos de entender el Juez de guardia, ya que en ambos casos se trata de medidas de carácter urgente e inaplazable que deben ser adoptadas por un Juez que no es el territorialmente competente para conocer del asunto y el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de ese partido judicial –recuérdese que no nos estamos refiriendo al competente por razón del territorio– no desempeña funciones de guardia aunque se encuentre en horas de audiencia, así se deduce del artículo 54.2 LOMPIVG que en relación con la regularización de detenidos (que es la otra actuación urgente e inaplazable que se encomienda al Juzgado de guardia de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer) dispone que serán puestos a disposición del Juzgado de Instrucción de guardia cuando no sea posible la presentación ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente; así como de las referencias del artículo 544 ter.4 LECrim al Juez de guardia y del artículo 40.1 del Reglamento de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales cuando dispone que constituye el objeto del servicio de guardia... la realización de las primeras diligencias de instrucción criminal que resulten procedentes, entre ellas las medidas cautelares de protección a la víctima.

En segundo lugar, aun cuando el artículo 15 bis LECrim solo prevé la adopción de la orden de protección por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente o, en su caso, por el Juez del lugar de comisión de los hechos, ha de tenerse en cuenta que el mismo criterio de celeridad obliga a matizar tal afirmación en aquellos casos en que la orden es solicitada en un tercer partido judicial. Piénsese en el supuesto de que la mujer es agredida por su marido en el lugar donde están pasando las vacaciones y aquélla, atemorizada, en vez de regresar al domicilio conyugal se dirige al domicilio de sus padres en una tercera población donde solicita la orden de protección. En estos casos, las propias razones de urgencia inherentes a tal medida cautelar, imponen que sea el Juez de guardia del lugar donde se efectúa la solicitud el que deba resolver.

Así se deduce, por otra parte, del párrafo segundo del número 3 del artículo 544 ter LECrim –que no ha sido modificado por la LOMPIVG– cuando dispone que «... en caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del Juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el Juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente».

Y así lo ha entendido el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la Protección de las Víctimas de Violencia de Género y Doméstica modificado en fecha 8 de junio de 2005.

Asimismo, el detenido si lo hubiere, deberá ser puesto a disposición del Juzgado de guardia del lugar de la detención, como se deduce de los artículos 13, 15 bis y 797 bis.2 LECrim.

**VI.A.1.b) Competencia por razón de las personas**

El marco competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer viene determinado por un segundo criterio, recogido en el artículo 87 ter. 1 LOPJ y 14.5 LECrim, referido a la condición de las personas que deben aparecer como sujeto activo y pasivo del hecho que da lugar al procedimiento penal. Dicho criterio es complementario del examinado en el apartado anterior y en su virtud será preciso que además de tratarse de alguno de los delitos o faltas anteriormente mencionados, aparezca como víctima quien sea o haya sido cónyuge o quien esté o haya estado ligado al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como los descendientes propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer no se extiende, por tanto, como se ha dicho reiteradamente, a todos los procesos penales por delitos o faltas cometidos contra los sujetos pasivos previstos en el artículo 173.2 CP, sino sólo respecto de determinados delitos y faltas en los que entre sujeto pasivo y activo existan los siguientes vínculos:

**1. Sujeto pasivo:**

– La mujer que sea o haya sido cónyuge o esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. En este último caso deberá existir una cierta estabilidad o vocación de permanencia en la relación sentimental, quedando excluidas las relaciones de mera amistad, o los encuentros coyunturales o esporádicos (SAP Barcelona de 15 de marzo de 2004).

En segundo lugar, y a condición de que la mujer también haya sido víctima de actos de violencia de género, podrán ser sujetos pasivos otras personas del círculo familiar o afectivo, tales como:

– Los descendientes propios del agresor o de la esposa o conviviente: puede tratarse, por tanto, de varones o hembras, con independencia de su edad y sin limitación de grado. No se incluyen los descendientes de las ex esposas, ex convivientes o novias, pero sí los descendientes de la esposa aunque no haya convivencia entre los cónyuges por encontrarse separados legalmente o de hecho. Cumplidos tales requisitos, no se exige que el descendiente conviva con el agresor o con la esposa o conviviente, resultando aplicable en este punto el pronunciamiento de la Circular 4/2003, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica.

– Los menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente: en este caso los menores o incapaces han de convivir con el agresor o, aun no conviviendo con él, hallarse sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa –la cual puede no convivir con el agresor como acabamos de decir– o conviviente –este término, por el contrario, implica que la mujer debe vivir necesariamente con el autor–. Por lo demás, no todos los supuestos exigen que el menor o incapaz deba convivir con la mujer. Esta circunstancia vendrá implícita en casos de acogimiento o guarda de hecho, pero puede no concurrir respecto de los sometidos a su potestad, tutela o curatela.

En cuanto a los pupilos e incapaces no es necesaria una relación de parentesco, y conforme a lo dispuesto en el artículo 25 CP respecto de estos últimos, tampoco la declaración judicial de incapacidad.

En lo que respecta a los conceptos de pupilo, potestad, tutela, curatela y acogimiento, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos del Código Civil relativos a las relaciones paterno-familiares (arts. 154 y ss.), tutela, curatela y guarda de los menores o incapacitados (art. 215 y ss.) y a la guarda y acogimiento de menores (art. 172 y ss.).

El criterio de atribución *rationae personae* en función de los sujetos pasivos, suscita algunas cuestiones que precisan ser interpretadas:

*a)* Operatividad de la cláusula condicional «cuando también se haya producido un acto de violencia de género» que la Ley utiliza en la letra *a*) del artículo 87 ter LOPJ para determinar la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en relación con las conductas ilícitas dirigidas contra descendientes, menores o incapaces.

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán en principio de determinados delitos y faltas cometidos contra la mujer y sólo extenderán su competencia a los cometidos contra descendientes, menores o incapaces del círculo familiar «cuando también se haya producido un acto de violencia de género». Esta expresión, obviamente, determina la exigencia de que las infracciones penales cometidas contra los menores, etc., estén vinculadas a actos de violencia de género previos o simultáneos para entrar en el ámbito competencial de los Juzgados especializados. Vinculación que será puesta de manifiesto por las circunstancias de todo tipo que concurren en el caso concreto, y no sólo por la unidad de acto, ya que en situaciones de violencia habitual, bastará con que los actos dirigidos contra los menores, etc., se enmarquen en el contexto de maltrato contra la mujer, aunque no coincidan en el tiempo, siempre que se mantengan dentro del marco temporal al que se circunscribe la situación de violencia de género.

De modo que las agresiones contra los descendientes, menores o incapaces serán competencia del Juzgado de Instrucción ordinario si constituyen actos aislados y del Juzgado de Violencia sobre la Mujer si van unidas a actos de violencia de género.

*b)* En relación con las competencias previstas en el apartado *b*) –delitos contra los derechos y deberes familiares– y en el apartado *d*) –faltas– del artículo 87 ter.1 LOPJ, como se adelantaba supra, la ley guarda silencio acerca de si también es preciso que se produzca un acto de violencia de género cuando la víctima sea descendiente, menor o incapaz, al igual que se exige en el apartado *a*) para que tenga competencia el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Por lo que respecta a las faltas dicha cuestión apenas tiene trascendencia, dado su carácter residual, pero en relación con los delitos contra los derechos y deberes familiares cobra importancia ya que casi todos ellos exigen como sujeto pasivo a un menor o incapaz.

Pues bien, parece lógico entender que también estas conductas habrán de estar relacionadas con situaciones de violencia de género, aunque tal circunstancia no se mencione expresamente en los apartados *b*) y *d*) del artículo 87 ter LOPJ (y 14.5 LECrim) ya que otra interpretación conduciría a la paradoja de atribuir al Juzgado de Violencia sobre la Mujer la competencia para conocer, sin restricción alguna, de tales delitos y faltas siempre que fuera sujeto pasivo alguna de las personas comprendidas en dichos grupos (descendientes, menores o incapaces), mientras que los delitos relacionados en el apartado primero –los de mayor gravedad– precisarían ir en todo caso unidos a actos de violencia de género.

Otra cuestión relacionada con las letras *b*) y *d*) del artículo 87 ter 1 LOPJ es la que plantea la interpretación del término «victima» empleado en aquéllas –«cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra *a*) de este apartado»– al atribuir competencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer para la instrucción de los delitos contra los derechos y deberes familiares y del conocimiento y fallo

de las faltas contenidas en los Títulos I y II del Libro III. En principio por tal ha de entenderse la mujer que es o ha sido pareja del agresor y los descendientes, menores o incapaces de su entorno familiar cuando también se haya producido un acto de violencia de género, como acabamos de exponer.

Pero, como es sabido, el concepto de víctima es utilizado en ocasiones como sinónimo de ofendido o perjudicado. No obstante, a efectos de determinación de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ha de tomarse en sentido estricto, como referido al titular del bien jurídico protegido por la norma penal transgredida o sujeto pasivo del delito o falta, esto es, la persona que soporta directamente la acción delictiva, por recaer de modo inmediato y directo sobre su persona u otros bienes jurídicos atacados. Otro entendimiento más amplio, que incluyese además a aquellas personas que, sin ser los titulares del bien jurídico protegido, experimentasen un daño moral o patrimonial como consecuencia del delito (incluyendo a los perjudicados) supondría una interpretación extensiva disconforme con la atribución competencial del artículo 87.1.a) LOPJ que exige que los delitos sean cometidos contra la esposa o mujeres asimiladas o sobre los descendientes, menores o incapaces.

Cuestión distinta será que tanto al ofendido como al perjudicado se les ha de efectuar el ofrecimiento de acciones y permitir su entrada en el proceso penal, a fin de que puedan ejercitarse su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, compareciendo como partes acusadoras o civiles en orden a sostener la pretensión penal y civil dimanante del delito.

c) Por último, la delimitación de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en función de la especial condición de las víctimas de los comportamientos violentos plantea los siguientes exponentes de pluralidad delictiva –frecuentes en la práctica diaria– de difícil tratamiento procesal desde una interpretación apegada al tenor literal de la norma y para cuya solución ha de acudirse a la jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, o a la lógica jurídica que informa los Principios Generales del Derecho:

– Violencia ejercida sobre la mujer y otros sujetos pasivos no comprendidos en el artículo 87 ter.1 LOPJ.

La LOMPIVG no establece regla alguna acerca del órgano judicial objetiva y territorialmente competente en aquellos supuestos en los que, además de ser víctima la mujer, aparezcan como sujetos pasivos otras terceras personas no comprendidas entre los descendientes, menores o incapaces del entorno de aquélla, únicas categorías que aparecen expresamente previstas en el artículo 87 ter LOPJ. Entre esos terceros podrán encontrarse tanto personas totalmente ajenas al ámbito familiar de la mujer (vecinos, compañeros de trabajo, agentes de policía, etc.), o lo que será más habitual, otras personas del círculo familiar también comprendidas en el apartado segundo del artículo 173 CP (ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios del agresor o de la esposa o mujer conviviente).

La exclusión de la causa de conexidad del artículo 17.5 LECrim en la regulación de la competencia por conexión de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (vid. infra), impone que los supuestos de simple coincidencia temporal de delitos individualizados y diferentes cometidos contra la mujer y estas otras personas, incluso unidas al autor por los vínculos descritos en el artículo 173.2 CP, deban tramitarse separadamente ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer y ante el Juzgado de Instrucción ordinario, respectivamente, pero en ocasiones, el tratamiento unitario de determinados fenómenos de pluralidad delictiva y la acumulación prevista en el artículo 300 LECrim constituirá una verdadera obligación procesal, bien porque afecta a la continencia de la causa –constituida por los elementos comunes a los enjuiciamientos– o bien porque la separación de los procedimientos resultaría en la imposibilidad de la ejecución de la pena.

ciamientos de los distintos delitos— bien por su trascendencia sobre la calificación jurídica que en su momento haya de efectuarse (ATS 17.12.01). Así ocurrirá con la posibilidad de aplicar en relación con los hechos realizados contra diferentes sujetos pasivos del círculo familiar de forma sucesiva en el tiempo la existencia de un delito de violencia física o psíquica habitual del artículo 173.2 CP, ya que conforme al apartado tercero de ese mismo artículo, para apreciar la habitualidad ha de atenderse al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo.

Por tanto, en los supuestos de delito de violencia habitual, cuando la nota de la habitualidad dependa, además de la agresión a la mujer, de la acreditación de otras agresiones a hermanos o ascendientes en los términos previstos en el artículo 173.2 CP, los Sres. y Sras. Fiscales interesarán la acumulación de los eventuales procedimientos incoados por estas últimas ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, si no hubieran concluido la fase de instrucción, a fin de que los hechos sean enjuiciados en un mismo proceso y resueltos en la misma sentencia.

En el supuesto de que la agresión contra la mujer y los ascendientes o hermanos u otras terceras personas ajenas al círculo familiar se produzca simultáneamente, los Sres. y Sras. Fiscales, cuando no sea posible el enjuiciamiento separado sin romper la continencia de la causa por tratarse de hechos indisolubles (p.ej. marido que provoca el incendio del domicilio familiar en el que fallecen además de su mujer otros vecinos del inmueble) informarán a favor de la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer para conocer de los hechos por obvias razones de especialización.

– Agresiones mutuas entre hombre y mujer que son o han sido pareja.

Tampoco se pronuncia expresamente la nueva legislación acerca de qué Juzgado será el competente cuando concurren denuncias cruzadas por agresiones mutuas y simultáneas entre los miembros de la pareja. ¿Ha de quedar en tales casos el varón sometido al Juzgado de Violencia sobre la Mujer y la mujer al Juzgado de Instrucción ordinario?

En este punto, deben tenerse en cuenta, como advierten los pronunciamientos de la Sala 2.<sup>a</sup> en relación con supuestos de acometimientos recíprocos, que seguramente se planteará en el debate el problema de la antijuridicidad, bajo el alegato de la legítima defensa, y que su valoración dependerá de si uno fue agresor y otro agredido (*animus defendendi*), o de si las acciones de uno eran necesarias para impedir las del otro (*necesitas defensionis*) –SSTS 231/2004, de 26 de febrero y de 17.10.01–, o de si los recíprocos acometimientos pueden ser considerados como una situación de riña mutuamente aceptada, excluyente de la posibilidad de invocar la legítima defensa (SSTS de 17 de junio de 2004, 4 de febrero y 12 de septiembre de 2003).

En materia de faltas conexas a delitos, la propia LO 1/2004 admite la posibilidad de enjuiciamiento conjunto en determinados casos, ya que conforme al artículo 14.3 LECrim (modificado *ex art.* 58 LOMPIVG), el Juzgado de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que hubiera instruido la causa será competente para el conocimiento y fallo de las faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de los delitos de que conozcan o a otras personas –por tanto también estará incluida la propia mujer si con ocasión de la mutua agresión comete un hecho constitutivo de falta– cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionada con dichos delitos, sin perjuicio de la competencia del Juez de Violencia sobre la Mujer para dictar sentencia de conformidad, cuando proceda.

Igual previsión de acumulación de hechos punibles en un solo procedimiento contiene el artículo 781.1 LECrim, que no ha sido objeto de modificación por la LO 1/2004, en relación con el procedimiento abreviado, cuando extiende el enjuici-

ciamiento de las faltas que, aun siendo incidentales, se imputen a los autores de los delitos, o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con tales delitos.

Pero, ¿cabrá tal acumulación también cuando la conducta de ambos sea constitutiva de delito? Téngase en cuenta que, tras las últimas reformas legales en este ámbito de la criminalidad, pocas serán las conductas punibles que no sean constitutivas de delito.

La posibilidad de actuar en la doble condición de acusado y acusador ha sido puesta de manifiesto en el Acuerdo de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1998, que admite, con carácter excepcional, la posibilidad de que una misma persona asuma la doble condición de acusador y acusado en un proceso en el que se enjuician acciones distintas enmarcadas en un mismo suceso, cuando, por su relación entre sí, el enjuiciamiento separado de cada una de las acciones que ostentan como acusados y perjudicados, produjese la división de la continencia de la causa, con riesgo de sentencias contradictorias, y siempre que así lo exija la salvaguarda del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva. Criterio recogido en las SSTS de 17 de marzo y 26 de febrero de 2004, de 6 de noviembre de 2003, de 26 de octubre de 2001 y ATS 19.9.00, entre otras.

Por tanto, en aplicación de la anterior doctrina, cuando concurra una íntima relación entre las mutuas agresiones de modo que el enjuiciamiento separado produciría la quiebra de la continencia de la causa con riesgo de sentencias contradictorias, resulta obligado asignar la competencia a uno u otro órgano jurisdiccional, que en este caso será al Juzgado de Violencia sobre la Mujer por concurrir los requisitos del artículo 87 ter LOPJ.

## 2. Sujeto activo.

Sujeto activo de la infracción penal y, por tanto, sujeto pasivo del proceso penal, ha de ser siempre el hombre que se encuentra incursa en una de las relaciones típicas. Aunque en la práctica no suele ser frecuente que intervengan extraños a la relación sentimental, ello no impide que puedan participar éstos, incluso mujeres, en concepto de coautores, inductores, cooperadores o cómplices. En estos casos la intervención del marido, novio, etc., será determinante del sometimiento de todos los imputados al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, ya que se trata de conductas indissociables, respondiendo todos ellos de un mismo delito de violencia de género (mismo título de imputación).

### **VI.A.2 INADMISIÓN DE LA PRETENSIÓN POR PARTE DEL JUEZ DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER CUANDO NOTORIAMENTE LOS ACTOS NO SON CONSTITUTIVOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

En relación con la atribución de competencias al Juzgado de Violencia sobre la Mujer el apartado 4.<sup>º</sup> del nuevo artículo 87 ter LOPJ (art. 44 LOMPIVG) contiene la siguiente previsión «cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente».

Se entenderá que no constituyen expresión de violencia de género aquellos supuestos de hecho en los que se aprecie alguna o varias de las siguientes circunstancias:

– Cuando no se trate de una infracción penal propia del ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 87 ter LOPJ) en los términos expuestos en el apartado VI.A.1 de esta Circular (p.ej., delito de estafa del autor a su ex mujer).

– Cuando no concurra la especial relación y condición en los sujetos activo y pasivo de la violencia (p.ej. violencia entre hermanos). Quedan excluidas por ello, tanto las agresiones del hombre sobre otras mujeres de su círculo afectivo ya sea madre, hermana, hija –salvo que en este caso vayan acompañadas de actos de violencia de género– etc., como las que pueda llevar a cabo la mujer sobre sus parientes sean femeninos o masculinos.

– Cuando el comportamiento esté plenamente desvinculado de la específica relación sentimental de pareja presente o pasada y en consecuencia no sea predicate el prevalimiento por parte del hombre de la situación de superioridad que pueda proporcionarle dicha relación. Téngase en cuenta que el objeto de la LOMPIVG es la protección de la mujer frente a las agresiones sufridas como consecuencia de una relación afectiva de pareja, por tanto, en los supuestos, ciertamente excepcionales, en que el hecho no traiga su causa precisamente de esa específica relación, pues se habría producido aun cuando la misma nunca hubiera existido (v.gr. cuando la conducta agresiva se inscribe en el contexto de una mala relación empresarial o laboral entre los miembros de una pareja extinguida hace años, etc.) la tutela especial de esta Ley no será aplicable. No obstante, debe recordarse que el legislador entiende que la manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se encuentra latente cuando tienen lugar determinadas infracciones penales entre los sujetos mencionados, por lo que ha querido –como se deduce de la elección de la expresión «de forma notoria»– que el Juez de Violencia sea el competente para conocer en el ámbito penal y, por tanto, también en el civil relacionado con aquél, de las causas en que tal circunstancia no aparezca nítidamente descartada.

En relación con esta cuestión debe tenerse en cuenta, que en relación con el delito del 153 CP (redacción LO 10/1995), ya las SSTS 20/2002, de 22 de enero o 355/2003, de 11 de marzo, recordaban cómo la especial relación que ha de existir entre sujeto activo y pasivo constituyó la razón del tipo o cómo, tras la reforma operada en dicho delito por la LO 14/1999, abarcaba situaciones en las que la convivencia ya no existe pero la agresión se produce en contemplación a aquella.

Tal previsión de inhibición, en definitiva, no es sino concreción del deber general que los órganos del orden jurisdiccional penal tienen de examinar de oficio su propia competencia, ya sea objetiva, funcional o territorial en atención al carácter *ius cogens* de las normas reguladoras, no sólo de la jurisdicción, sino también de la competencia en dicho orden jurisdiccional (art. 8 LECrime y 9.6 LOPJ).

#### VI.A.3 CONOCIMIENTO Y FALLO DE LAS CAUSAS SEGUIDAS POR EL PROCEDIMIENTO DE ENJUICIAMIENTO RÁPIDO

A diferencia de su redacción originaria, el texto aprobado definitivamente atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer –según la nueva redacción del art. 14.3 LECrime– competencia objetiva y funcional para la tramitación de juicios rápidos y el enjuiciamiento y fallo de delitos *ex artículo* 801 de dicha Ley procesal, así como para conocer de las faltas inmediatas, evitando de este modo que un importante porcentaje de infracciones penales relacionadas con la violencia de género queden fuera del conocimiento de los órganos judiciales especializados en este fenómeno delictivo.

Para que sea aplicable la sustanciación acelerada ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer deberán concurrir además de los criterios de atribución competencial *ratione materiae* y *ratione personae* anteriormente expuestos, las restantes condicio-

nes exigidas para la tramitación de la causa por los cauces del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos o faltas.

Recuérdese que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé dicho procedimiento, entre otros, para los delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual (art. 795.1.2.<sup>a</sup>) y las faltas de los artículos 617 y 620 CP (art. 962 LECrim) cometidas contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 CP.

Ciertamente, la inmediatez en la respuesta penal constituye un valor especialmente deseable en el tratamiento jurisdiccional de la violencia doméstica y de género, tanto por razones de prevención especial, como de protección y seguridad de las víctimas. No obstante, debe traerse a colación la conclusión alcanzada en este punto en el Seminario de Fiscales de Violencia Doméstica celebrado en noviembre de 2004, expresa de una preocupación generalizada en las Fiscalías, en el sentido de que tales delitos sólo deben enjuiciarse por el procedimiento de las diligencias urgentes cuando ello no comporte renunciar a medios de prueba que resulten de interés para un mejor conocimiento de la realidad, debiendo primar la búsqueda de la verdad material sobre la rapidez.

A fin de adaptar la tramitación de los juicios rápidos y faltas inmediatas a la peculiaridad de unos Juzgados, como los de Violencia sobre la Mujer, que no realizan servicios de guardia, la LOMPIVG prevé determinadas especialidades en sus artículos 54 y 56, pero mantiene la competencia exclusiva del Juzgado de Violencia sobre la Mujer para la instrucción y, en su caso, fallo de los procedimientos rápidos referidos a la violencia de género, aún cuando el detenido hubiera sido puesto a disposición del Juzgado de guardia. De modo que, el Juzgado de Instrucción de guardia nunca será competente para tramitar juicios rápidos ni, por tanto, dictar sentencias de conformidad en este ámbito. A tal efecto la disposición adicional duodécima LOMPIVG, añade una disposición adicional cuarta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal según la cual «las referencias que se hacen al Juez de guardia en el título III del Libro IV (Del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”, y en los artículos 962 a 971 (faltas inmediatas) de esta Ley, se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer».

Dispone el artículo 54 LO 1/2004, en relación con las diligencias urgentes, que han de tramitarse y, en su caso, fallarse en días hábiles y horas de audiencia, para lo cual la Policía Judicial habrá de realizar las citaciones a que se refiere el artículo 796 LECrim ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer el día hábil más próximo, entre aquellos que se fijen reglamentariamente. No obstante el detenido –obsérvese que se está refiriendo exclusivamente a los detenidos por hechos delictivos que siguen los trámites del juicio rápido– si lo hubiere, habrá de ser puesto a disposición del Juzgado de Instrucción de guardia, a los solos efectos de regularizar su situación personal, cuando no sea posible la presentación ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente.

A tal efecto, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición final 4.<sup>a</sup>, 2, LOMPIVG, por Acuerdo Reglamentario 1/2005 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 27 de abril de 2005 se ha procedido a la modificación del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, a fin de coordinar tanto la realización de las citaciones que deben ser efectuadas por la Policía ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 47.1: «...Tratándose de Juzgado de Violencia sobre la Mujer las franjas horarias que se reserven –para las citaciones que la Policía Judicial realice– comprenderán únicamente los días laborables y las horas de audiencia; las citaciones se señalarán para el día hábil más próximo, y si éste no tuviere horas disponibles, el señalamiento se hará para el siguiente día hábil más próximo...»), como de señalamientos para juicios orales entre

Juzgados de guardia, Juzgados de Violencia sobre la Mujer, Juzgados de lo Penal y Fiscalías de las Audiencias Provinciales (art. 47.2: «El Juzgado de Instrucción en servicio de guardia que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.2 de la LO 1/2004 haya de resolver sobre la situación personal del detenido por hechos cuyo conocimiento corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, citará a éste para comparecencia ante dicho Juzgado en la misma fecha para la que hayan sido citados por la Policía Judicial la persona denunciante y los testigos, en caso de que se decrete su libertad. En el supuesto de que el detenido sea constituido en prisión, junto con el mandamiento correspondiente, se librará la orden de traslado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer en la fecha indicada»).

En relación con las faltas inmediatas el artículo 56 LOMPIVG adiciona un nuevo apartado en el artículo 962 LECrim, conforme al cual la Policía Judicial habrá de realizar las citaciones a que se refiere este artículo ante dicho Juzgado en el día hábil más próximo. Para la realización de las citaciones ante referidas, la Policía Judicial fijará el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

A tal efecto el artículo 47.3 del Reglamento de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales (modificado por el mencionado Acuerdo de 27 de abril de 2005) establece «En los casos en que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 965.2 LECrim, los Juzgados de Instrucción en servicio de guardia ordinaria deban realizar directamente los señalamientos para la celebración de juicio de faltas ante otros Juzgados de Instrucción del mismo partido judicial, por no corresponderles su enjuiciamiento, dicho señalamiento se realizará para días laborables y horas de audiencia, en la fecha más próxima posible dentro de las predeterminadas por los Juzgados de Instrucción».

#### **VI.A.4 ACTUACIÓN DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN A PREVENCIÓN Y POR SUSTITUCIÓN DEL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER**

Dispone el recién reformado artículo 40.1 del Reglamento 5/1995 que las actuaciones urgentes o inaplazables, de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, deberán practicarse por el Juzgado de Instrucción de guardia quien remitirá en el día hábil más próximo lo actuado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Entre esas actuaciones urgentes el Juzgado de guardia deberá instruir las primeras diligencias del artículo 13 LECrim (consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer... recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente... detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito... proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 bis o la orden de protección prevista en el art. 544 ter) es decir, únicamente aquellas medidas preventivas que resulten indispensables para asegurar la instrucción sumarial y la protección de los perjudicados. Concluidas las primeras diligencias el Juez de guardia habrá de inhibirse en el conocimiento del asunto, remitiendo las actuaciones al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que deba conocer el proceso.

Dos cuestiones habrán de ser principalmente resueltas por el Juzgado de Instrucción de guardia, una la regularización de la situación personal de los detenidos cuando no sea posible la presentación ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en horas de audiencia, y otra la adopción de las ordenes de protección cuando las solicitudes se presenten fuera de dicho horario. En caso de que no fuera posible celebrar la compa-

recencia prevista en el artículo 544 ter por algún motivo, tal como la imposibilidad de asistencia justificada de alguna de las partes o por encontrarse el denunciado en ignorado paradero, el Juez de guardia, tras adoptar, en su caso, las medidas de carácter urgente que resultaren precisas para la protección de la víctima, remitirá lo actuado al Juzgado de Violencia sobre la Mujer competente.

Así dispone el artículo 40.4 del citado Reglamento que «será objeto del servicio de guardia la regularización de la situación personal de quienes sean detenidos por su presunta participación en delitos cuya instrucción sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la resolución de las solicitudes de adopción de las órdenes de protección de las víctimas de los mismos, siempre que dichas solicitudes se presenten y los detenidos sean puestos a disposición judicial fuera de las horas de audiencia de dichos Juzgados. A estos efectos, el Juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia actuará en sustitución del correspondiente Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Adoptada la decisión que proceda, el Juez de Instrucción en funciones de guardia remitirá lo actuado al órgano competente y pondrá a su disposición, en su caso, al detenido o al imputado» (art. 40.4 Reglamento 5/1995).

#### Hábeas Corpus:

La LO 1/2004 no contiene ninguna previsión específica acerca del órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de las solicitudes de hábeas corpus de los detenidos por actos de violencia de género, pese a que su disposición adicional décima modifica el apartado 1 del artículo 87 LOPJ a fin de adaptarlo a la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, por lo que ha de entenderse que sigue atribuida a los Jueces de Instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad, del lugar en que se produzca la detención o el de donde se tuvieron las últimas noticias de su paradero, conforme a los artículos 87.1.d) LOPJ y 2 de la LO 6/1984, de 24 de mayo.

#### VI.A.5 COMPETENCIA TERRITORIAL

De los asuntos criminales relativos a violencia de género debe conocer el Juez del domicilio de la mujer víctima de los hechos según dispone el nuevo artículo 15 bis LECrim (adicionado por el art. 59 de la LO 1/2004) «En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima...»

La determinación de la competencia territorial en atención al domicilio de la víctima, supone una excepción a las normas generales del *forum delicti comissi* derivada del principio de protección integral de la mujer que informa la Ley, con la finalidad –ya buscada en el artículo 771 de la LEC con relación a las medidas provisionales previas– de allanar al máximo la denuncia o la solicitud de medidas por quien las necesite, facilitando a la víctima el acceso a la tutela prevista en la Ley mediante el acercamiento del órgano competente. Gráficamente se ha dicho que con tal medida se pretende acercar la Administración de Justicia a las necesidades de la víctima en lugar de invitar a la víctima a acercarse a la Administración de Justicia.

No obstante, el nuevo artículo 15 bis LECrim contempla dos excepciones al fuero del domicilio, atribuyendo competencia al Juez del lugar de comisión de los hechos para «... la adopción de la orden de protección o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley ...». A lo que se debe añadir la salvedad derivada de la competencia del Juez de guardia ante el que se solicite una orden de protección para resolver la misma, aunque no sea ninguno de los dos anteriores, conforme a lo esta-

blecido en el artículo 544 ter.3 LECrime que no ha sido objeto de modificación. En este sentido la Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado instaba a los Sres. y Sras. Fiscales a dictaminar a favor de la resolución de la orden de protección por el Juez de guardia ante el que se presentase la solicitud, en tanto que primeras diligencias, sin perjuicio de la posterior remisión de los autos resolviendo la orden de protección al que resultare finalmente competente para conocer de la causa.

En el estudio del nuevo criterio competencial los problemas atinentes a la determinación del lugar de comisión del hecho punible (con sus teorías de la acción, del resultado y de la ubicuidad) se ven desplazados por el problema de la determinación del domicilio de la víctima y de las consecuencias de sus eventuales cambios de domicilio.

En principio, por domicilio habrá que entender el lugar donde la víctima cotidianamente desarrolla su vida, su residencia habitual, como así dispone el artículo 40 del Código Civil.

No obstante, tal concepto de domicilio no se debe entender como la permanencia más o menos larga o ininterrumpida en un lugar determinado, pues en ocasiones habrá que estar al lugar de residencia efectiva en el que la víctima ha tenido voluntad de establecerse permanentemente (STS de 30 de diciembre de 1992 y 13 de julio de 1996) aunque, atendidas las circunstancias, no pueda predicarse todavía la nota de habitualidad, como puede ocurrir en aquellos supuestos en que la mujer haya cambiado de domicilio recientemente con motivo de la separación o buscando su protección en situaciones de maltrato continuado. Precisamente para evitar este doloroso peregrinaje el artículo 64.1 LOMPIVG introduce como novedad la previsión expresa de la salida del domicilio del agresor como medida de protección de las víctimas.

Pero también puede ocurrir que el lugar del domicilio no esté claramente definido por coexistir dos o más lugares de residencia o incluso que la vida de la víctima se desarrolle entre dos poblaciones diferentes. En tal caso habrá que optar por aquel lugar en el que la mujer tenga mayor arraigo y, en caso de duda, por el que coincida con el lugar de comisión del hecho.

En íntima relación con lo expuesto, se plantea una última cuestión.

El nuevo criterio normativo no precisa si hay que atender al domicilio de la víctima en el momento en que ocurren los hechos punibles, o al que tenga en el momento de la denuncia.

En principio razones de índole práctica aconsejarían inclinarse por este último, habida cuenta de que en ocasiones las víctimas se ven obligadas a cambiar de domicilio precisamente a consecuencia de las conductas delictivas de que son objeto, más no podemos olvidar que en la LOMPIVG el domicilio de la víctima fija la competencia y que ésta afecta al derecho al juez legal, por lo que habrá que estar al domicilio de la víctima en el momento de comisión de los hechos como fuero predeterminado por la Ley, pues otra interpretación podría dejar a la voluntad de la denunciante la elección del juez territorialmente competente. Por la misma razón los cambios de domicilio posteriores a la denuncia serán irrelevantes. La institución procesal de la *perpetuatio iurisdictionis*, aplicable en este punto al proceso penal, impone que la situación –fáctica y jurídica– que sirvió de base para fijar la competencia de un determinado órgano jurisdiccional se considere determinante del fuero, sin perjuicio de que aquella situación se modifique a lo largo del proceso y sin que pueda alterarse la competencia por un acto de voluntad de alguna de las partes (STS 2.<sup>a</sup> 782/1999, de 20 de mayo y ATS 2.<sup>a</sup> de 18 de mayo de 1997).

Fueros subsidiarios:

En los supuestos excepcionales en que no se pueda determinar el Juez territorialmente competente por no haber podido concretarse el domicilio de la víctima, ya por

encontrarse domiciliada en el extranjero, ya por carecer de domicilio conocido, se estará al lugar en que se encuentre residiendo aún con carácter accidental y, en su defecto, a los fueros generales previstos en los artículos 14 y 15 LE<sup>C</sup>rim, con carácter subsidiario.

#### VI.A.6 COMPETENCIA POR CONEXIÓN

La LOMPIVG adiciona el artículo 17 bis a la Ley de Enjuiciamiento Criminal estableciendo un marco específico para la competencia por conexión en el ámbito penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que, de hecho, supone una posibilidad de ensanchamiento de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer por la vía de los delitos y faltas conexos, ya que estos pueden ser los mismos tipos penales incluidos en el número 1 del artículo 87 ter LOPJ o tratarse de otras figuras delictivas inicialmente no previstas en aquel.

Dispone el nuevo 17 bis «La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3.º y 4.º del artículo 17 de la presente Ley», de forma que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer tendrá además de la competencia objetiva y funcional estudiada en los apartados anteriores, competencia para instruir y, en su caso, conocer de los delitos y faltas cometidos como medio para perpetrar alguno de los previstos en el artículo 87 ter.1 LOPJ o facilitar su ejecución (art. 17.3 LE<sup>C</sup>rim) así como de los delitos y faltas cometidos para procurar la impunidad de alguno de aquellos (art. 17.4 LE<sup>C</sup>rim).

En ambos casos se trata de exponentes de reiteración delictiva en los que ha de determinarse uno o varios delitos principales relacionados con la violencia de género, y uno o varios delitos instrumentales de los anteriores, es decir, preordenados, bien a la facilitación o a servir de medio para la comisión de los primeros, bien a lograr que dicha comisión quede impune.

La conexidad produce un importante efecto procesal que afecta a la competencia tanto objetiva como territorial para conocer de los delitos conexos. En el régimen común de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la competencia territorial para conocer de estos delitos se determina conforme al artículo 18 de dicha Ley procesal, pero en relación con las especialidades procesales que introduce la LO 1/2004 la interpretación sistemática de los nuevos artículos 15 bis, 17 bis LE<sup>C</sup>rim y 87 ter.1 LOPJ conduce al entendimiento de que la determinación de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer atiende a la naturaleza del delito y no a la gravedad del mismo, por lo que las reglas establecidas en el artículo 18 LE<sup>C</sup>rim en relación con el Juez o Tribunal competente para conocer de los delitos conexos (el del territorio en que se haya cometido el delito más grave, el que primero comenzare la causa cuando tengan igual pena, etc.) no serán aplicables en este caso ya que el Juzgado especializado del domicilio de la mujer víctima, siempre será el preferente aunque el delito de violencia de género no sea el más grave de todos los conexos.

En cuanto a los supuestos de conexidad prevendidos en el artículo 17 bis LE<sup>C</sup>rim se acoge con claridad la vis atractiva del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en supuestos de comisión medial y comisión para impunidad (conexidad objetiva) guardando un significativo silencio la Ley tanto en relación con los supuestos de conexidad subjetiva, comisión simultánea por dos o más personas reunidas y comisión previo concierto mutuo (art. 17.1 y 2 LE<sup>C</sup>rim), como con los de conexidad mixta o causal (art. 17.5 LE<sup>C</sup>rim). Probablemente, en el primer caso se deba a lo raro de su aparición en este tipo de delitos y en el segundo a que como ya sucediera, *mutatis mutandis*, con la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (STS 857/2001, de 4 de mayo),

la excesiva amplitud de esta causa de conexidad podría determinar la atribución a estos Juzgados del conocimiento de tipos delictivos muy diversos desnaturalizando la especificidad que les es propia.

No obstante, pese a la falta de previsión expresa en relación con los supuestos de conexidad del artículo 17.5 LECrim, la LOMPIVG admite tácitamente una particular manifestación de dicha conexidad mixta al atribuir competencia al Juzgado de Violencia sobre la Mujer para la instrucción y, en su caso, enjuiciamiento de los delitos o faltas cometidos contra los descendientes, menores o incapaces del entorno de la mujer cuando también se haya producido un acto de violencia de género, ya que en la mayoría de estos casos estaremos en presencia de un concurso real de delitos o faltas imputables a un mismo autor.

Por otra parte, el enfoque reduccionista de la LO 1/2004 en la regulación de la competencia por conexión de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer suscita alguna interrogante, además de en los supuestos abordados en el apartado relativo al criterio de atribución competencial *rationae personae*, en relación con el enjuiciamiento de los delitos de quebrantamiento de condena o medida cautelar acordadas como medidas de protección de las víctimas de violencia de género.

El delito del artículo 468 CP no aparece entre los expresamente atribuidos en el artículo 87 ter.1 LOPJ a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, posiblemente porque su inclusión, atendido el bien jurídico protegido –la efectividad de los pronunciamientos de la Autoridad Judicial– podría suponer una extensión no deseada del ya amplio marco competencial de dichos Juzgados.

Aun así, diversas razones aconsejarían la atribución de este delito a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer cuando la medida o pena que se quebrantase hubiese sido adoptada con ocasión de la comisión de alguno de los delitos o faltas que la LOMPIVG atribuye a dichos Juzgados. Piénsese que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer en muchos casos estará conociendo, cuando el quebrantamiento de la medida se produce, de la previa comisión del acto de violencia de género del que la prohibición que se quebranta trae causa, por lo que conocer el quebrantamiento y las circunstancias en que se ha producido podría resultar de gran importancia a la hora de valorar la situación de riesgo para la víctima. Ciertamente el apartado último del artículo 544 bis LECrim prevé que en caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, éste convocará una comparecencia para la adopción de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, con lo que sin duda tendrá cumplido conocimiento del incumplimiento y sus circunstancias, pero razones de economía procesal y la evitación del peregrinaje de la víctima de un Juzgado a otro, o de un Tribunal a otro, cuando ésta es la testigo principal del delito de quebrantamiento, abogarían a favor de que las diligencias incoadas con ocasión de éste fuesen acumuladas a la causa seguida por los actos de violencia de género siempre y cuando en ésta no haya finalizado la fase de investigación. Sobre la conveniencia de acumular el quebrantamiento al procedimiento en el que se acordó la medida incumplida, en relación con la anterior legislación, son de ver los pronunciamientos de la Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado.

En cualquier caso y pese a la falta de previsión expresa, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer será competente para conocer aquellos supuestos de quebrantamiento que, además de atentar contra el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, supongan o faciliten la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de la persona protegida al amparo de la competencia por conexión prevista en el artículo 17 bis LECrim, como sucederá cuando el incumplimiento de la pena o medida de protección sea medio para procurar la impunidad, o perpetrar o facilitar la ejecución de una infracción relacionada con la violencia de género (homicidio, lesiones, etc.) incluso

en aquellos supuestos de hecho en que el incumplimiento no vaya acompañado de una conducta adicional por parte del sujeto activo si constituye en sí mismo un acto coactivo para la víctima (piénsese en quien desobedeciendo la orden de alejamiento se aposta en el portal de la persona protegida a fin de hostigarla o atemorizarla).

Antes de finalizar el apartado relativo a la competencia penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, conviene recordar que si bien ciertamente el artículo 1 LECrim consagra el derecho de todo acusado a ser exclusivamente condenado por «juez competente», derecho procesal derivado del derecho al Juez legal o Juez ordinario predeterminado por la Ley contemplado en el artículo 24.2 CE, pero ha de recordarse, como han señalado tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, que las discrepancias interpretativas sobre la normativa legal que distribuye las competencias entre órganos de la jurisdicción penal ordinaria, y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer lo son, no se traducen necesariamente y sin más en infracciones del derecho fundamental al Juez preeterminado por la Ley (SSTS de 12 de julio y 8 de marzo de 2004, de 3 de octubre de 2003, de 6 de febrero de 2001) ni rebasan el plano de la legalidad ordinaria careciendo por tanto de relevancia constitucional (STC 35/2000, de 14 de febrero).

#### **VI.B) Competencia en el orden civil**

Según razona la exposición de motivos, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán de las causas civiles «relacionadas» con las causas penales que instruyan en materia de violencia sobre la mujer, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. De este modo, la LOMPIVG opta por atribuir a dichos Juzgados competencias civiles más allá de las meramente cautelares.

Dada la amplitud de los tipos penales relacionados con la violencia familiar en general, y, aun más, con la violencia sobre la mujer en los que se ha penalizado como delito perseguible de oficio cualquier conducta agresiva, por leve que pudiera parecer (tolerancia cero), es previsible que sean numerosas las causas civiles que, por encontrarse relacionadas con un pleito penal, ya por delito, ya por falta, deban seguirse ante el Juez especializado en violencia de género, en lugar de ante el Juez de Familia o de Primera Instancia ordinario, dada la frecuencia con que, en la tensión del proceso de ruptura de la pareja, se pueden presentar conductas subsumibles en alguno de los tipos penales.

##### **VI.B.1 COMPETENCIA OBJETIVA**

Al regular la competencia en el orden civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, el artículo 44 LO 1/2004, por el que se adiciona un artículo 87 ter a la Ley Orgánica del Poder Judicial, altera las reglas de competencia objetiva establecidas en la legislación procesal civil, confiriendo a los Juzgados especializados una vis atractiva respecto de determinados procesos civiles. A pesar de ello, salvo el nuevo artículo 49 bis adicionado a la LEC 1/2000 por el artículo 57 LO 1/2004 que se refiere a la pérdida de competencia y al deber de inhibición de los Juzgados de Primera Instancia o de Familia a favor de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, no se introduce modificación alguna correlativa en la Ley de Enjuiciamiento Civil que haga mención a la atribución de competencias civiles a dichos Juzgados.

A tal efecto, el nuevo artículo 87 ter LOPJ establece, en sus apartados 2.<sup>º</sup> y 3.<sup>º</sup>, las siguientes reglas:

- a) *Marco general de competencia por razón de la materia.* Procedimientos civiles de los que «podrán conocer» (art. 87 ter.2 LOPJ). Este apartado establece el

marco general que opera para la determinación inicial de la competencia *ratione materiae*. El término «podrán» no significa que la asunción de dichos procesos civiles sea facultativa para los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sino que éstos serán competentes para conocer de aquéllos cuando concurran los presupuestos del apartado tercero.

Este marco competencial, plenamente coincidente en el Anteproyecto con los procesos inquisitorios o no dispositivos previstos en el artículo 748 LEC, en la redacción definitiva, tras resultar apartados los procesos relativos a la capacidad y al reconocimiento civil de resoluciones eclesiásticas, abarca los siguientes procedimientos:

- Los de filiación, maternidad y paternidad.
- Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio. De este modo, las medidas civiles acordadas en la orden de protección en relación con parejas matrimoniales serán objeto de ratificación en el propio Juzgado de Violencia sobre la Mujer, lo que, sin duda, ha de facilitar su homologación. Con relación a los procedimientos de separación y divorcio la Ley no distingue entre los de carácter contencioso y los de mutuo acuerdo, por lo que ambos han de entenderse incluidos.
- Los que versen sobre relaciones paterno filiales. En principio en dicho epígrafe tendrán acogida aquellas pretensiones relacionadas con los derechos/deberes regulados en el Título VII del Libro I del Código Civil, bajo ese mismo enunciado, comprensivo de la titularidad y ejercicio de la patria potestad, la representación legal de los hijos, los bienes de los hijos y su administración, la extinción de la patria potestad, la adopción y otras formas de protección de menores, si bien algunas de ellas se enuncian de forma independiente en las letras siguientes.
- Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar. Este tipo de procedimientos no aparece regulado con nomen proprio en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y además de los procedimientos de modificación de medidas, cabe preguntarse si podría dar cobertura a las acciones civiles ejercitadas entre parejas de hecho sin hijos menores.

En la tramitación parlamentaria fueron desestimadas aquellas enmiendas que proponían ampliar las competencias civiles a «los procedimientos que versen sobre derechos entre las uniones estables de pareja» y no sólo a los que «versen sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores». Según se deduce de la lectura de los debates parlamentarios parece que la asunción explícita de tales competencias por parte de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se producirá una vez estén reguladas las uniones estables, regulación sobre la que ya existen iniciativas legislativas en el Congreso. No obstante, sin perjuicio de que eso se produzca, con la actual redacción puede interpretarse que aquellos litigios referidos a la situación de los convivientes, y no sólo de sus hijos menores, tienen cabida en las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer cuando se ejercitan acciones de «trascendencia familiar» –entendidas en un sentido amplio como análogas a las derivadas de las uniones matrimoniales–, como podría ocurrir con la ratificación de las medidas civiles que puedan acordarse en el seno de una orden de protección: alimentos o la atribución del uso de la vivienda que ha constituido el hogar de la pareja. Otra interpretación obligaría a expulsar del conocimiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer este tipo de procesos civiles aun cuando estuvieran claramente relacionados con situaciones de violencia de género.

– Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores. Este apartado ampara los procesos sobre medidas relativas a los hijos menores de parejas no matrimoniales, incluidos los referidos al régimen de

visitas, estancia y comunicación del menor con el progenitor no custodio, así como la atribución del uso del domicilio familiar si procede, al estar englobadas las necesidades de habitación en el concepto de alimentos según el artículo 142 CC (SAP Madrid, sec. 24.<sup>a</sup>, 456/2004 y SAP Orense de 4 de febrero de 2004, entre otras).

- Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
- Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

b) *Presupuestos específicos de la competencia exclusiva.* Procedimientos civiles de los que conocerán los Juzgados de Violencia sobre la Mujer con competencia «exclusiva y excluyente» (art. 87 ter.3 LOPJ).

Dentro del ámbito competencial previsto en el apartado anterior, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer serán competentes para el conocimiento de aquellos asuntos civiles en los que concurren cumulativamente las siguientes circunstancias:

1.<sup>a</sup> Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias relacionadas en el número anterior.

2.<sup>a</sup> Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo. Pese a la contundencia de la dicción literal, hemos de entender que el legislador se refiere a que en el proceso penal correlativo aparezca como víctima alguna de las personas citadas en dicho apartado, esto es, la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o los descendientes, etc., aunque dada la temprana fase procesal de la causa penal no se pueda predicar con certeza dicha condición de víctima. Según el tenor literal del precepto, serán competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer no sólo los asuntos civiles en los que los dos miembros de la pareja, hombre y mujer, aparezcan respectivamente como demandante o demandado, sino también aquellos en los que dicha situación procesal sea asumida por descendientes, menores o incapaces del círculo de la mujer, por una parte, y el hombre que es o ha sido pareja de ésta, por otra, si aquéllos aparecen como víctimas de hechos sujetos a la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

3.<sup>a</sup> Que alguna de las partes sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de los actos de violencia de género; quedan, por tanto, excluidos los cómplices.

El concepto de imputado exige que el sujeto se encuentre en esa condición procesal por haber al respecto alguna resolución judicial que le confiera oficialmente tal carácter, ya sea la admisión a trámite de la denuncia o querella, o simplemente la citación para declarar en calidad de posible responsable por algún delito o falta cuando los cargos aparecen en cualquier otra diligencia. Es decir, ha de haber un filtro judicial para adquirir la cualidad de sujeto pasivo del proceso penal (SSTC 649/1996, de 7 de diciembre; 121/1995, de 18 de julio, y 186/1990, de 15 de noviembre).

En este sentido, la Fiscalía General del Estado en un reciente pronunciamiento, Consulta 1/2005 sobre competencias de las Fiscalías para tramitar diligencias de investigación que afecten a personas aforadas, ponía de manifiesto cómo la situación del imputado es distinta de la del procesado o inculpado: «la situación de imputado aparece desde la admisión a trámite de la denuncia o de la querella, o desde la realización de otro acto de imputación... El término imputado parece venir referido a la condición que como parte pasiva del proceso penal adquiere, desde el momento mismo de su iniciación, aquel contra el que se sigue un procedimiento por determinado acto criminal que se le atribuye».

A diferencia de lo que ocurre en el proceso penal competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el que el hombre siempre debe aparecer como sujeto pasivo del proceso, en el proceso civil el varón puede ocupar tanto la posición de demandante como la de demandado.

4.<sup>a</sup> Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, es decir, que se haya dictado el oportuno auto de incoación, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género (en este caso podrá haberla otorgado tanto el Juzgado de Violencia sobre la Mujer como el Juzgado de guardia). Los presupuestos de este punto se examinan en el apartado siguiente, donde se vuelven a reproducir, si bien no desde la óptica del Juez de Violencia sobre la Mujer que atrae la competencia, sino desde la del Juez Civil que la pierde.

#### VI.B.2 PÉRDIDA DE LA COMPETENCIA CIVIL OBJETIVA

Como se decía anteriormente, el artículo 57 LO 1/2004 adiciona un nuevo artículo 49 bis en la LEC 1/2000, por el que se regula la pérdida de competencia del Juez Civil cuando se produce un hecho penal relacionado con la violencia de género, se haya iniciado el procedimiento penal o no. Tan innovadora medida persigue acumular en un mismo Juzgado especializado aquellos procesos civiles y penales que se encuentren vinculados por la identidad de los sujetos implicados en ambos. Para ello, en dicho artículo se diferencian y regulan tres posibles situaciones:

a) *Cuando existe un proceso penal iniciado o se ha dictado orden de protección. Artículo 49 bis 1 LEC.*

En este caso, el Juez de Primera Instancia o de Familia que esté conociendo del procedimiento civil (debe entenderse de los relacionados en el nuevo artículo 87 ter. 2 LOPJ) y tenga conocimiento de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 LOMPIVG deberá verificar si concurren los requisitos previstos en el apartado tercero del artículo 87 ter LOPJ (regulador de los supuestos en que el Juez de Violencia sobre la Mujer tiene competencia civil exclusiva) y, en caso positivo, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral. Contra el auto que acuerde la inhibición cabrá recurso de apelación conforme a lo dispuesto en el artículo 66.1 LEC.

Este supuesto es el único de los tres regulados en el artículo 49 bis LEC en que se prevé la inhibición del Juez Civil de oficio, ya que en los dos siguientes es preciso que sea requerido al efecto por el Juez de Violencia sobre la Mujer.

Los términos en que se articula dicho precepto: «Que exista un proceso penal iniciado o se haya dictado orden de protección» suscita un conjunto de comentarios, que abarca las siguientes cuestiones:

1. En cuanto al tipo de procedimiento incoado bastará cualquiera de los previstos en la legislación procesal penal: jurado, sumario, diligencias previas de procedimiento abreviado, diligencias urgentes de juicio rápido o juicio de faltas. Así lo evidencia el apartado 3 d) del nuevo artículo 87 ter al exigir, para esa atribución de competencias civiles «que se haya iniciado ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer un proceso penal por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer...».

2. En cuanto a la fase procesal de la causa penal, sólo exige la «iniciación», lo que presupone que se haya dictado el oportuno auto de incoación, admitiendo a trámite la denuncia o la querella, pero, a diferencia de lo que ocurre con el proceso civil

respecto del que se establece como límite para la pérdida de competencia del Juez civil que no se haya iniciado la fase del juicio oral, para el proceso penal que atrae la competencia de aquél no se prevé ninguna limitación equivalente en su íter procesal.

Ello, planteará en la práctica algunas cuestiones relacionadas con la fase del procedimiento penal que atrae la competencia del procedimiento civil:

– Si el procedimiento penal se encuentra en tramitación, el Juez de Violencia sobre la Mujer conocerá simultánea y paralelamente de la cuestión penal y la civil, cada una en su propio proceso, aunque por la diferente configuración del procedimiento civil y del penal será una tramitación de dos velocidades. En ocasiones, el proceso civil (máxime tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio) se enjuiciará antes que el penal, habida cuenta que en el proceso penal el Juez de Violencia sobre la mujer necesariamente perderá su competencia funcional –salvo en supuestos de conformidad en juicio rápido o juicios de faltas–, como veíamos anteriormente, pudiendo ocurrir que la sentencia civil se dicte sobre la base de unos hechos penales que posteriormente el órgano de enjuiciamiento criminal no considere probados (son conocidos los problemas de prueba en estos delitos cuando las víctimas optan por no declarar o se retractan en sus declaraciones).

Al hilo de esta cuestión acertadamente se han introducido en el texto definitivo de la LOMPIVG dos nuevos preceptos (arts. 53 y 55) que prevén la remisión al Juzgado de Violencia sobre la Mujer que hubiera instruido la causa del testimonio de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal o la correspondiente Sección de la Audiencia Provincial, de forma inmediata, con indicación de si la misma es o no firme, y, en su caso, de la sentencia de segunda instancia cuando la misma fuera revocatoria, en todo o en parte.

– Si el proceso penal ha concluido por sentencia condenatoria firme, procederá la inhibición a favor del Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. No obstante, la falta de previsión legal acerca de un límite temporal no puede conducir al absurdo de que por el hecho de haber instruido una causa por violencia de género, el Juez de Violencia sobre la Mujer deba conocer de los procesos civiles iniciados por la misma pareja (v.gr. modificación de medidas), incluso años después, debiendo operar como límite el momento de extinción de la responsabilidad penal por alguna de las causas previstas en el artículo 130 CP, incluido el cumplimiento de la condena.

– Si en el procedimiento penal ha recalcado sentencia absolutoria o ha sido sobreseído o archivado (arts. 637.1 y 3, 641, 779.1 y 789.3 de la LEcrim), se plantearán diversos supuestos:

– Si se ha dictado sentencia absolutoria, se ha archivado porque no existen indicios racionales de la comisión del hecho o se ha sobreseído provisionalmente porque no está debidamente justificada la perpetración del delito o porque no hay motivos suficientes para acusar a quien es parte en el procedimiento civil, no cabrá la inhibición del pleito civil a favor del Juez de Violencia sobre la Mujer (aun cuando la resolución no sea firme por hallarse pendiente del recurso planteado contra dicha decisión) en tanto subsistan las mismas circunstancias, pues faltaría uno de los presupuestos del artículo 87 ter.3 LOPJ.

– Si se ha sobreseído porque el denunciado, que a la vez es parte civil, no ha podido ser citado o se encuentra en rebeldía, procederá la inhibición, si bien el procedimiento civil, a diferencia del penal, podrá continuar su tramitación en rebeldía del demandado.

En este sentido, el artículo 10.1 del RD 355/2004, de 5 de marzo, regulador del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, dispone

que el encargado del registro procederá a cancelar los datos anotados en relación con los procedimientos penales en los que se dicte auto de archivo o sobreseimiento, o su finalización por sentencia absolutoria.

3. En cuanto a la fase del proceso civil es preciso que no haya iniciado la fase del juicio oral. En el Proyecto de Ley se introdujo una limitación, no prevista inicialmente en el Anteproyecto y que se ha mantenido en la redacción final, por la que el deber de inhibición del Juez Civil se supedita a que el procedimiento civil no haya iniciado la fase del juicio oral, acogiendo las sugerencias recogidas en los informes consultivos previos, ya que los principios de oralidad, concentración e inmediación que lo rigen, tras la LEC 1/2000, imponen que sea el mismo Juez que está conociendo del juicio el que dicte sentencia y quien, por tanto, sea el funcionalmente competente para la ejecución. Por la misma razón los procedimientos civiles que se encuentren en ejecución en el momento de entrada en vigor de la Ley continuarán siendo competencia de los órganos que vinieran conociendo de los mismos (DT 1.<sup>a</sup>).

Dado que todos los procesos civiles de los que conocerá el Juez de Violencia sobre la Mujer han de seguir los trámites del juicio verbal, salvo los de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro con las especialidades previstas en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 748 y 753 LEC en relación con el nuevo art. 87 ter LOPJ), deberá entenderse iniciada la fase del juicio oral, cuando el procedimiento haya llegado a la celebración de la vista prevista en el artículo 443 LEC, tras la cual el Juez debe dictar sentencia, salvo que quede pendiente prueba que no haya podido practicarse en el acto del juicio oral. En caso de procedimiento de mutuo acuerdo o instado por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, dada la inexistencia de juicio oral en su tramitación, habrá que entender que la comparecencia para la ratificación del convenio opera como límite equivalente al de la fase del juicio oral en los procedimientos contenciosos, ya que tras dicha comparecencia el Juez debe dictar sentencia (art. 777.6 LECrim), salvo que acuerde la práctica de prueba.

Asimismo, será conveniente que el Juzgado Civil proceda, con la mayor brevedad, a una lectura detallada de las demandas o escritos iniciales, así como de los documentos e informes periciales que puedan acompañarlas, una vez le sean turnadas, a fin de inhibirse sin dilación al Juez de Violencia sobre la Mujer en aquellos casos en que concurran los presupuestos previstos en la Ley.

b) *Cuando no se haya iniciado proceso penal, ni dictado orden de protección, pese a la posible comisión de un acto de violencia sobre la mujer. Artículo 49 bis 2 LEC.*

Cuando el Juez que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar orden de protección, tras verificar que concurren los requisitos del párrafo tercero del artículo 87 ter, deberá citar inmediatamente a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes veinticuatro horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las veinticuatro horas siguientes, a denunciar los hechos o solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que interponga denuncia o solicite orden de protección, el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el Tribunal Civil, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente.

En relación con este precepto cabe comentar las siguientes cuestiones:

1. Celebración de la comparecencia.

El legislador ha pretendido agilizar al máximo el procedimiento, previendo la celebración de una comparecencia urgente, exigiendo la máxima celeridad al Juez (en la celebración de la convocatoria) y al Fiscal (en la interposición de la denuncia).

La decisión legislativa de optar por la celebración de una comparecencia pese a la urgencia que informa dicho trámite parece sustentarse en el entendimiento de que la valoración sobre si ciertos hechos revisten indicios de violencia contra la mujer no encaja en las atribuciones de los órganos civiles, pero aun así podría haberse evitado dando traslado inmediato al Ministerio Público de la *notitia criminis* por si hubiera lugar al ejercicio de la acción penal conforme a lo previsto en el artículo 40 LEC.

El artículo comentado exige que el Juez Civil verifique, al igual que en el número primero del artículo 49 bis, que concurren los requisitos del apartado tercero del artículo 87 ter LOPJ antes de convocar la comparecencia, pero a diferencia de aquel supuesto –en el que el Juez Civil ha de inhibirse directamente a favor del Juez de Violencia sobre la Mujer– en este caso debe esperar a ser requerido por éste continuando hasta tanto con la tramitación del pleito; con dicha cautela se persigue evitar inhibiciones dudosas y demoras en la tramitación del pleito civil, otorgando al Juez de Violencia sobre la Mujer, como órgano jurisdiccional del orden penal, preferencia a la hora de determinar su competencia, dada la mayor trascendencia de los intereses en juego en el proceso penal (arts. 44 y 87 ter.4 LOPJ). Aunque no se recoge expresamente en el apartado 2 del nuevo artículo 49 bis LEC, hemos de entender que tal preceptiva inhibición sólo podrá tener lugar, al igual que en el número anterior y por las mismas razones, hasta la fase del juicio oral.

Según el precepto comentado, la intervención del Juez se limita a la convocatoria de la comparecencia, aunque nada impide que adopte alguna medida al amparo del artículo 158 CC, si es preciso para salvaguardar el interés de un menor.

Por otra parte, parece que esta comparecencia va dirigida a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la comisión de actos de violencia de género en aquellos casos en los que la víctima no ha procedido todavía a denunciarlos, a fin de que aquél pueda instar la incoación del procedimiento penal.

Los señores y señoras Fiscales, por tanto, deberán examinar en qué forma ha llegado la *notitia criminis* al Juzgado y si el Juez ha valorado correctamente la concurrencia de los requisitos del artículo 87 ter LOPJ, además de los elementos probatorios que puedan aportar las partes, si comparecen.

2. Interposición de la denuncia ante el Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente.

Tras la celebración de la comparecencia, el Fiscal tiene que decidir si procede, en las veinticuatro horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. Pese al término disyuntivo, lo lógico será que si existen indicios de la comisión de un hecho delictivo el Fiscal interponga denuncia y además, si es preciso para la protección de la víctima, solicite la adopción de una orden de protección u otra medida cautelar al amparo del artículo 544 bis de la LECrim y 61 y siguientes LO 1/2004, o incluso, del artículo 158 CC.

En el supuesto que el Fiscal decida interponer denuncia o solicitar orden de protección, según el tenor literal del apartado segundo del artículo 49 bis, deberá hacerlo ante el Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte «competente», pudiendo ocurrir que dicho Juzgado esté ubicado en distinto partido judicial e incluso fuera del ámbito

territorial de la Fiscalía actuante en el proceso civil, ya que el pleito de separación o divorcio, salvo en el supuesto de que sólo se hayan tramitado medidas provisionales previas a la demanda (caso en el que corresponde la competencia al juez del domicilio de la instantanea según el art. 771.1 LEC), se habrá seguido en el lugar del último domicilio conyugal, en el de residencia del demandado o en el de cualquiera de los otros fueros previstos en el artículo 769 LEC, mientras que del asunto criminal por violencia de género debe conocer el Juez del domicilio de la mujer víctima de los hechos según el nuevo artículo 15 bis LECrim.

En este caso, los señores y señoritas Fiscales que asistan a la comparecencia en el Juzgado Civil redactarán, si procede, el correspondiente escrito de denuncia o de solicitud de orden de protección, que deberán hacer llegar junto con copia del acta de la comparecencia y la restante documentación que se considere pertinente por el conducto más rápido posible (fax, correo electrónico) al Fiscal territorialmente competente para que proceda a su interposición dentro de las veinticuatro horas siguientes a la celebración de la comparecencia. Del mismo modo, una vez interpuesta la denuncia o efectuada la solicitud, la Fiscalía destinataria comunicará inmediatamente a la Fiscalía remitente la interposición de la denuncia o solicitud de la orden de protección, a fin de que ésta pueda presentar ante el Juzgado de Primera Instancia o de Familia que estuviera conociendo del pleito civil una copia de aquéllas (art. 49 bis.2 LEC).

No obstante, pese a la dicción literal del artículo 49 bis.2 LEC, la solicitud de orden de protección o de medidas urgentes del artículo 13 LECrim podrá efectuarse ante el Juez del lugar de comisión de los hechos (art. 15 bis LECrim) o el Juez de guardia más próximo si concurren razones de urgencia que así lo impongan (art. 40 del Reglamento de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales).

Es decir, podrán concurrir sucesivamente hasta tres fueros territoriales distintos: uno en el procedimiento civil inicialmente instado (lugar del domicilio conyugal, de residencia del demandado, etc.), otro en la adopción de las medidas cautelares (lugar de comisión del hecho o lugar de su solicitud) y otro en el momento final de conocimiento por el Juez de Violencia sobre la Mujer (lugar del domicilio de la víctima).

La inhibición prevista en el número 2.º del artículo 49 bis LEC se condiciona a que el Juez de Violencia sobre la Mujer efectúe un previo requerimiento al Juez Civil a fin de evitar peloteos y demoras en la tramitación del pleito civil, de forma que el Juez de Violencia sobre la Mujer tiene preferencia a la hora de determinar su competencia. Por tanto, a diferencia del apartado primero del artículo 49 bis LEC en el que el Juez Civil habrá de inhibirse directamente a favor del Juez de Violencia sobre la Mujer, en este caso debe esperar a ser requerido por éste, continuando hasta tanto con la tramitación del pleito.

c) *Cuando el Juez de Violencia sobre la Mujer esté conociendo de una causa penal y tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil relacionado con aquélla. Artículo 49 bis.3 LEC.*

En este caso se está en el mismo supuesto del apartado primero, si bien contemplado desde la posición del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el cual debe requerir de inhibición al Juez Civil desde el mismo momento en que tenga conocimiento de que concurren los requisitos del párrafo tercero del artículo 87 ter LOPJ, debiendo el Juez de Primera Instancia o de Familia inhibirse de inmediato con remisión de los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Tal inhibición es de carácter imperativo y, por tanto, no podrán plantearse cuestiones de competencia objetiva entre ellos.

La ausencia de expresión «hasta el juicio oral» en el artículo 49 bis.3 LEC ha sido interpretada por algún autor en el sentido de que el Juez de Violencia sobre la

Mujer no tiene límite para hacer el requerimiento de inhibición al Juez Civil, sin embargo, la génesis de dicha limitación abona una interpretación favorable a su vigencia tácita como ya sucediera con el apartado segundo del artículo 49 bis LEC.

d) *Inhibición de los Juzgados de Primera Instancia o de Familia.*

Dispone el núm. 4 del artículo 49 bis LEC, que se introduce por esta Ley en la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo II del Título II del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que «En los casos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo el Tribunal Civil remitirá los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer sin que sea de aplicación lo previsto en el artículo 48.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo las partes desde ese mismo momento comparecer ante dicho órgano. En estos supuestos no serán de aplicación las restantes normas de esta Sección, ni se admitirá declinatoria, debiendo las partes que quieran hacer valer la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer presentar testimonio de alguna de las resoluciones dictadas por dicho Juzgado a las que se refiere el párrafo final del número anterior».

Esta novedosa regulación supone una derogación del régimen general de la competencia objetiva de los Juzgados de Primera Instancia cuando concurren las circunstancias previstas en los apartados primero (existencia de proceso penal en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer) y segundo (posible comisión de actos de violencia de género sin proceso penal iniciado), supuestos en los que no serán de aplicación las normas de dicha Sección 1.<sup>a</sup> y, en concreto, las siguientes:

1. En caso de apreciación de oficio por el Juez Civil de su falta de competencia objetiva no se dará audiencia a las partes y al Fiscal conforme a lo previsto en el artículo 48.3 LEC.

El legislador, desoyendo las observaciones de las Instituciones que informaron el Anteproyecto de Ley, ha optado por la inhibición de oficio *inaudita parte* a fin de agilizar este trámite, por lo que sólo cabrá que los disconformes acudan a la vía del recurso de apelación (art. 66.1 LEC). Esta falta de audiencia podría motivar, fundamentalmente en los supuestos del núm. 1 del artículo 49 bis LEC, puesto que en los casos del núm. 2 las partes podrían alegarlo en la previa comparecencia, que en algún caso el Juez Civil acuerde la inhibición desconociendo que el asunto penal que la motiva ha sido archivado o ha recaído sentencia absolutoria firme, lo que daría lugar a la devolución de los autos civiles al Juez de Primera Instancia o de Familia con la consiguiente demora en la tramitación del procedimiento civil, por lo que convendría en estos casos hacer una indagación previa acerca del estado procesal de la causa penal, en la medida que fuera posible, antes de acordar la remisión de los autos civiles.

2. Cuando sean las partes las que quieran hacer valer la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, no será posible denunciar la falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia mediante declinatoria, tal como está previsto en el artículo 49 LEC, sino adjuntando a la solicitud testimonio de alguna de las resoluciones dictadas por aquél a las que se refiere el párrafo final del artículo 49 bis.3 LEC, esto es, de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querella o de la orden de protección adoptada. Conforme a lo dispuesto en el artículo 66.2 LEC, si el Juez Civil no acoge la pretensión de inhibición, su decisión sólo será recurrible en reposición, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la falta de competencia objetiva en la apelación contra la sentencia definitiva. No obstante, resultará más operativo para las partes solicitar al Juez de Violencia sobre la Mujer que interese la inhibición al Juez Civil para que actúe conforme al artículo 49 bis.3 LEC, sin esperar a dicha fase de recursos.

Hemos visto con anterioridad cómo el Juez Civil pierde su competencia cuando se producen actos de violencia de género; sin embargo, queda sin resolver en la LO 1/2004 qué efectos produce la finalización del proceso penal sin declaración de responsabilidad criminal (sentencia absolutoria, auto de archivo o sobreseimiento firme) en la competencia civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que precisamente le ha sido atribuida por la incoación de aquél. Aun admitiendo que puede dar lugar a soluciones insatisfactorias (p. ej., en caso de archivo porque no existen indicios racionales de la comisión del hecho) no puede mantenerse una interpretación favorable a la pérdida de competencia sobrevenida del Juzgado de Violencia sobre la Mujer a favor del Juzgado de Primera Instancia en tales casos, ya que implicaría una alteración de la competencia no prevista legalmente.

#### **VI.B.3 COMPETENCIA FUNCIONAL EN EL ORDEN CIVIL**

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer será el competente para la ejecución de las resoluciones que dicte en asuntos civiles (arts. 61 y 545.1 LEC).

Los recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en materia civil serán conocidos por una sección especializada o no («podrán especializarse una o varias de sus secciones», art. 46 LOMPIVG) de la correspondiente Audiencia Provincial. El Anteproyecto de Ley establecía también la especialización obligatoria para las secciones civiles, pero en el Proyecto remitido a las Cortes se sustituyó el verbo imperativo por el potestativo, por lo que en materia civil puede terminar la especialización en la primera instancia. Según el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 27 de abril de 2005 la especialización en materia civil será atribuida a las Secciones que tengan asignada la materia de Familia.

#### **VI.B.4 COMPETENCIA TERRITORIAL EN EL ORDEN CIVIL**

Dada la vis atractiva del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que conoce del asunto penal en relación con el proceso civil conexo, el fuero penal atraerá la competencia territorial para conocer del proceso civil en detrimento de las reglas del artículo 769 LEC, pues será el Juzgado de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima el que también conocerá del pleito civil.

### **VII. JUZGADOS DE LO PENAL Y SECCIONES ESPECIALIZADAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL**

Tras su tramitación parlamentaria en el Congreso, la LO 1/2004 hizo extensiva la especialización a los órganos judiciales encargados del enjuiciamiento de los delitos relacionados con la violencia de género, habida cuenta de la decisiva importancia de esta fase del proceso, así como de la de ejecución de sentencia en la consecución de un mejor y más eficaz tratamiento jurisdiccional de este fenómeno delictivo.

#### **VII.A) Juzgado de lo Penal especializado**

La Disposición Adicional décima LOMPIVG añade al apartado 2.º del artículo 89 bis LOPJ un nuevo párrafo del siguiente tenor: «A fin de facilitar el conocimiento de los

asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y atendiendo al número de asuntos existentes, deberán especializarse uno o varios Juzgados en cada provincia, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la presente Ley». El mencionado artículo 98 LOPJ dispone: «El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un juzgado de la misma clase uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos... Este acuerdo se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y producirá efectos desde el inicio del año siguiente a aquel en que se adopte».

Estos Juzgados conocerán con carácter exclusivo del enjuiciamiento en primera instancia de los delitos menos graves cuya instrucción haya correspondido al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, así como de la ejecución de las sentencias dictadas, bien por dichos Juzgados Penales, bien por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en juicios rápidos, salvo que existan en la correspondiente circunscripción Juzgados especializados en ejecución.

#### VII.B) Secciones especializadas de la Audiencia Provincial

##### 1. En materia penal.

Los recursos devolutivos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en materia penal, en todo caso, serán conocidos por secciones especializadas de la correspondiente Audiencia Provincial (art. 45 LOMPIVG).

Además, el nuevo ordinal 4.º del artículo 82.1 LOPJ adicionado por el artículo 45 LO 1/2004 amplía la especialización al enjuiciamiento en primera instancia en la Audiencia Provincial de aquellos delitos graves instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia, pese a que este artículo mantiene el incompleto enunciado de «Recursos en materia penal» que tenía en el Anteproyecto de Ley.

La especialización de las secciones de la Audiencia se prevé, por tanto, para el conocimiento de los recursos contra las sentencias dictadas en primera instancia en los juicios de faltas o contra las resoluciones interlocutorias (autos) dictadas durante la instrucción de procesos por delito por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, así como para el enjuiciamiento de los delitos de violencia contra la mujer competencia de la Audiencia Provincial. No obstante, no se prevé la atribución a esas secciones penales especializadas de los recursos contra las resoluciones del Juzgado de lo Penal en asuntos de violencia contra la mujer. A pesar de ello, parece lógico que, al menos por vía de normas de reparto de asuntos, sean esas secciones especializadas de la Audiencia Provincial las que conozcan de todas las causas relacionadas con este específico tipo de criminalidad.

Estas secciones penales también tendrán competencia funcional para la ejecución de las sentencias recaídas en los procesos por delitos graves y las dictadas como segunda sentencia por el Tribunal Supremo a continuación de la casación.

Respecto de los delitos atribuidos al Tribunal del Jurado tampoco se prevé ninguna norma específica, resultando lógico que el Magistrado Presidente pertenezca a dichas secciones especializadas por vía de reparto de asuntos.

##### 2. En materia civil.

Como se indicó supra, el artículo 46 LOMPIVG adiciona un nuevo párrafo al artículo 82.4 LOPJ conforme al cual, de los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones dictadas en materia civil por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, conocerá la respectiva Audiencia Provincial, a cuyo fin «podrán especializarse» una o

varias secciones de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la citada Ley Orgánica, atendiendo al número de asuntos existentes.

De esta forma se diferencia entre los recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en materia penal que, en todo caso, serán conocidos por secciones especializadas de la correspondiente Audiencia Provincial y los recursos contra las resoluciones dictadas por esos mismos Juzgados en materia civil, que sólo en determinadas circunstancias serán resueltos por secciones especializadas en la materia.

## VIII. MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN Y DE SEGURIDAD DE LAS VÍCTIMAS

### A) Introducción

La necesidad de garantizar la buena marcha del procedimiento, la eficacia de la resolución final que se dicte y la protección de la víctima impone la conveniencia de adoptar con inmediatez una serie de medidas durante la tramitación de los procedimientos penales.

De estas finalidades, la protección de las víctimas, cobra una especial relevancia en este tipo de delincuencia, ya que el riesgo de eventuales reiteraciones es especialmente significativo precisamente por provenir de sujetos muy cercanos a la víctima que pertenecen o han pertenecido a su ámbito familiar o afectivo.

Por otra parte, razones de política criminal abundan en la necesidad de garantizar una tutela cautelar ágil y eficaz desde el momento mismo de la denuncia si se quiere luchar contra la impunidad de estas conductas, dado que la denuncia pasa, en muchas ocasiones, porque la víctima se sienta realmente protegida.

Según razona la exposición de motivos, la LOMPIVG ha optado por la inclusión expresa de las medidas de protección y seguridad de las víctimas de la violencia de género, por recoger un catálogo más amplio que el previsto en el artículo 544 bis de la LECrim, dado que éste sólo regula la prohibición de residir y la de acudir a determinados lugares, lo que no es del todo exacto, pues aquél también recoge la prohibición de aproximación y comunicación.

En el campo de las medidas cautelares, la LO 14/1999, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección de las víctimas de los malos tratos (art. 544 bis); la Ley 27/2003, reguladora de la orden de protección, y la LO 13/2003 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, ya dotaron a nuestro sistema procesal penal de poderosos instrumentos para la protección de las víctimas de la violencia doméstica. Aun así, la LO 1/2004, con el objetivo de garantizar una tutela integral frente a la violencia de género, diseña un subsistema reforzado de protección y seguridad para estas víctimas (por tanto, sólo aplicables a ellas y no a otras víctimas de la violencia doméstica) que viene a yuxtaponerse tanto al ya existente en relación con las víctimas en general de determinados delitos (art. 544 bis LECrim) como al específicamente previsto para las víctimas de violencia doméstica (art. 544 ter LECrim).

No obstante, la técnica legislativa utilizada, consistente en la regulación autónoma y específica en la LO 1/2004 de las medidas de protección y seguridad aplicables en relación con la violencia de género, sin transposición normativa alguna a las leyes sustantivas y procesales de referencia –salvo la lacónica remisión al

art. 544 ter LECrim contenida en el art. 62–, puede plantear en la práctica cierto confusiónismo no sólo en cuanto a la legislación aplicable, sino también en relación con el cauce procesal que debe seguir su adopción, ya que algunas de ellas redundan en las ya imponibles conforme a los artículos 544 bis y ter LECrim.

Ciertamente, de las medidas expresamente contempladas en la LOMPIVG, algunas ya estaban previstas en la legislación actual y otras aparecen expresamente reguladas por primera vez con carácter de medidas cautelares en el proceso penal, como es el caso de la suspensión de la patria potestad, de la guarda y custodia, del régimen de visitas o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, pero en todo caso se introducen algunas mejoras técnicas en la regulación de las medidas cautelares, como la necesaria fijación de su duración, de la distancia geográfica en caso de alejamiento o la posibilidad de su mantenimiento durante la sustanciación de los recursos, que sólo pueden merecer una valoración positiva.

En cualquier caso es de lamentar que no se haya regulado específicamente la posibilidad de imponer como medida cautelar el sometimiento del inculpado a programas de deshabituación a drogas o alcohol, cuando este sea el factor desencadenante del maltrato, como proponían las conclusiones del Seminario de Fiscales encargados de violencia doméstica celebrado en noviembre de 2004, por cuanto posibilitaría además de la protección de la víctima, valorar la predisposición del maltratador y los resultados del tratamiento incluso antes de que se dictase la sentencia.

#### **B) Naturaleza jurídica de las medidas previstas en el Capítulo IV**

Según la exposición de motivos «se añade la posibilidad de que cualquiera de estas medidas de protección pueda ser utilizada como medida de seguridad, desde el principio o durante la ejecución de la sentencia, incrementando con ello la lista del artículo 105 CP (introducido por la LO 11/1999) y posibilitando al Juez la garantía de protección de las víctimas más allá de la finalización del proceso».

Pese a ello, el cuerpo normativo de la LO 1/2004 no contiene ninguna reforma de la legislación sustantiva o procesal en este punto, ni modifica el artículo 105 CP expresamente mencionado en la exposición motivada.

Por otra parte, el Capítulo IV del Título V de la LOMPIVG, bajo el enunciado «Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas», emplea indistintamente los conceptos de medida de seguridad y medida de aseguramiento. Así, el artículo 61.1 establece que las medidas de protección y seguridad previstas en el presente Capítulo serán compatibles con cualquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se puedan adoptar en los procesos civiles y penales, y su apartado segundo, que, «En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente... deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este Capítulo, determinando su plazo, si procediera su adopción». El artículo 69, bajo el epígrafe «Mantenimiento de las medidas de protección y seguridad», establece que las medidas de este Capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen.

Todo ello conduce al cuestionamiento de la naturaleza jurídica de las medidas contempladas en este Capítulo IV, a las que el legislador denomina, además de medidas de protección, medidas de seguridad de la víctima.

El estudio de las normas reguladoras de las medidas de seguridad en el Código Penal pone de manifiesto, como es sabido, que el sistema de garantías previsto en el ordenamiento jurídico en relación con las penas es igualmente predicable respecto de

las medidas de seguridad: sumisión al principio de legalidad (art. 1.2 CP), prohibición de la retroactividad (art. 2.1 CP), carácter jurisdiccional de su imposición y ejecución (art. 3 CP). Además, conforme al artículo 95 CP, deben concurrir tres presupuestos esenciales para que se pueda imponer una medida de seguridad: que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito, que haya sido declarado, total o parcialmente, exento de responsabilidad criminal conforme a los números 1.º, 2.º ó 3.º del artículo 20 CP y que exista un pronóstico de probabilidad de la comisión de nuevos delitos. Por tanto, para la imposición de las medidas de seguridad, deben concurrir todas las condiciones necesarias para dictar una sentencia condenatoria a excepción de las referidas a la imputabilidad del sujeto, que constituye, precisamente, el supuesto de aplicación de la norma. Por último, la medida de seguridad ha de ser impuesta en sentencia de forma motivada, previa consignación de los hechos probados y de su calificación jurídica.

La interpretación de las normas del Capítulo IV (Título V) de la LOMPIVG, a la luz de la regulación de las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento jurídico, parece reconducir el debate a una mera cuestión terminológica, ya que el concepto jurídico-penal de las medidas de seguridad parte como premisa de una previa situación de inimputabilidad o semiimputabilidad del inculpado, que en modo alguno aparece como presupuesto de aplicación de las denominadas «medidas de seguridad de las víctimas» previstas en dicho capítulo.

Por ello, no parece aventurado concluir que las medidas previstas en el Capítulo IV tienen naturaleza cautelar en todo caso, cualquiera que sea su denominación, lo que corrobora el hecho de que, conforme al artículo 69 LOMPIVG, su plazo máximo de vigencia no trasciende de la fase de recursos, de forma que una vez recaída sentencia firme serán sustituidas por las correspondientes penas o medidas de seguridad previstas en el Código Penal y que hayan sido impuestas en dicha sentencia.

Por otra parte, entre las medidas que incluye el tan repetido Capítulo IV se regulan determinadas medidas de protección de menores que, hasta ahora, venían imponiéndose en los procedimientos penales como medidas de carácter civil al amparo de los artículos 158 CC y 544 ter LECrim. Concretamente este último precepto prevé como medidas de carácter civil susceptibles de ser adoptadas en la orden de protección: la atribución de la vivienda familiar, la determinación del régimen de custodia, visitas, comunicaciones y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios. Por su parte, la LO 1/2004 se refiere expresamente a algunas medidas de naturaleza civil en parte coincidentes con las anteriores, aunque de mayor carácter restrictivo de derechos, como la suspensión de la patria potestad o la custodia de menores (art. 65) y la suspensión del régimen de visitas (art. 66).

Esta doble previsión legal acerca de medidas de naturaleza civil de similar o idéntico contenido puede conducir en la práctica a alguna conclusión paradójica, pero inevitable, en tanto no se produzca una regulación unitaria de esta materia, ya que tanto la legitimación para instarlas como la duración de las mismas será diferente según se reconduzca la solicitud de dichas medidas por el cauce de la orden de protección o al amparo de la LOMPIVG. En el primer caso, la legitimación activa para solicitar tales medidas civiles se reduce en el artículo 544 ter.7 LECrim a la víctima o su representante legal, así como al Ministerio Fiscal, si existen hijos menores o incapaces, mientras que la regulación de la LO 1/2004 no prevé una limitación semejante en sede de legitimación, siendo posible –conforme al art. 61.2– incluso la adopción de oficio por el Juez competente.

En segundo lugar, el párrafo segundo del artículo 544 ter.7 LECrim establece que las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigen-

cia temporal de treinta días (prorrogables otros treinta si se insta un proceso de familia en la jurisdicción civil), mientras que la LO 1/2004 no recoge ninguna previsión semejante cuando ordena al Juez, en el artículo 61.2, la necesaria determinación del plazo de duración de las medidas en caso de que proceda su adopción, por lo que la vigencia de estas medidas de naturaleza civil, salvo que sean adoptadas en el seno de una orden de protección, estará sometida al mismo régimen que el de las restantes medidas cautelares previstas en esta Ley.

Por último, tampoco condiciona la LO 1/2004, la adopción de tales medidas a que no hayan sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, por lo que serán aplicables, en todo caso, si así fuera preciso para proteger a los menores del entorno de la mujer maltratada cuando sean víctimas directas o indirectas de los comportamientos violentos.

Su adopción, en todo caso, debe responder al interés superior del menor y atender a una situación de riesgo para que justifique la medida (art. 39.2 CE; 2 LO 1/1996; 158 CC, y STS 24.4.00; SAP Guadalajara 228/2004, de 20 de octubre; SAP Santa Cruz de Tenerife 445/2004, de 24 de septiembre, y SAP Barcelona 630/2004, de 3 de septiembre).

### C) Compatibilidad

Predica el artículo 61.1 de la LO 1/2004 la compatibilidad de las relacionadas en su Capítulo IV con cualesquiera medidas cautelares y de aseguramiento que se puedan adoptar en los procesos civiles y penales, de modo que en nuestro ordenamiento jurídico pasan a coexistir un amplio elenco de medidas judiciales cautelares, de protección y aseguramiento aplicables a las situaciones de violencia de género. A saber:

- Medidas cautelares del artículo 13 LECrim.
- Medidas del artículo 544 bis LECrim.
- Orden de protección del artículo 544 ter LECrim.

Como recordaba la Circular 3/2003 de la FGE, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección, tanto las medidas del artículo 544 bis como las del artículo 544 ter se pueden adoptar ya en las primeras diligencias preventivas del artículo 13 LECrim, ya en otras fases más avanzadas del proceso penal, sea en la instrucción, en la fase intermedia o en la fase de apertura del juicio oral.

– Medidas del artículo 158 CC, aplicables según dispone el último párrafo de dicho precepto, tanto en el proceso civil –incluidos expedientes de jurisdicción voluntaria– como en el penal. Existiendo hijos menores, el catálogo de medidas cobra un carácter abierto al amparo de los artículos 158 CC y 544 ter LECrim ya que permiten la adopción de cualquiera que resulte conveniente o necesaria a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios: limitación de salidas al extranjero con el menor, conducir vehículos llevando a los hijos, etc.

– Medidas de la Ley de Enjuiciamiento Civil: medidas urgentes inaudita parte (art. 771.2 LEC), medidas provisionales previas (art. 771 LEC) o medidas provisionales coetáneas a la demanda (art. 773 LEC).

- Medidas de la LOMPIVG.

Por tanto, tras la entrada en vigor de la LO 1/2004, nuestro ordenamiento jurídico contempla tres niveles de protección de las víctimas: uno general al amparo de los artículos 13 y 544 bis LECrim, un segundo nivel de protección reforzada para las víctimas de violencia doméstica conforme al artículo 544 ter LECrim, y un tercer nivel de máxima tutela que añade a las anteriores las previsiones de la LO 1/2004.

**D) Legitimación activa**

El artículo 61.2 LOMPIVG dispone que «En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda y custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este Capítulo ...».

De este modo se prevé una extensa legitimación activa para solicitar las medidas de la LO 1/2004, que si bien, de un lado, es más amplia que la prevista en el artículo 544 ter LEcrim en relación con las solicitudes de orden de protección –ya que éste, con relación a las entidades y organismos asistenciales, establece su obligación de poner los hechos en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal, mientras que el artículo 61.2 LOMPIVG contempla que, sea la propia Administración, no se refiere por tanto a entidades de carácter privado, quien inste directamente las medidas previstas en el Capítulo IV– de otro, es más restringida dado que mientras el párrafo segundo del artículo 544 ter legitima a las personas que tengan con la víctima alguna de las relaciones contempladas en el artículo 173.2 CP, el artículo 61.2 LOMPIVG en el caso de cónyuges o parejas, ascendientes, hermanos o descendientes que no sean hijos de la víctima, sólo los habilita si conviven con la víctima o están sujetos a su guarda y custodia.

**E) Garantías para la adopción de las medidas**

Establece el artículo 68 LOMPIVG, que las medidas anteriormente mencionadas, deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa.

El juicio de necesidad es una exigencia derivada del carácter restrictivo de derechos que es consustancial a estas medidas, por lo que sólo estarán justificadas cuando resulten estrechamente necesarias para proteger a la víctima, tras ponderar con criterios de proporcionalidad los derechos en juego y los indicios de criminalidad que concurran en el caso concreto, ya que la medida debe estar en relación con el riesgo que se trata de evitar. En este sentido la STC 207/1996, de 16 de diciembre, recuerda que la medida cautelar debe ser idónea, necesaria y proporcionada en relación al fin constitucionalmente legítimo que se pretende.

Además de las dos condiciones explícitas –proporcionalidad y necesidad– a que se refiere el artículo 68, para su adopción deberán concurrir los presupuestos generales de cualquier medida cautelar: *fumus boni iuris* –indicios de comisión de un hecho delictivo que pueda ser atribuido a una persona concreta– y el *periculum in mora*– entendido como peligro si se retrasa su adopción por existir una situación objetiva de riesgo para la víctima–.

No establece la Ley el cauce procesal para la tramitación de las solicitudes de las medidas previstas en su Capítulo IV, por lo que en principio cabe entender que la celebración de comparecencia judicial no constituye un requisito ineludible, siempre que se oiga a la víctima, a la persona solicitante de la medida si es distinta, se posibilite la intervención del Ministerio Fiscal y demás partes personadas y se observen, en suma, los principios de contradicción, audiencia y defensa. No obstante, la referencia a la orden de protección contenida en el artículo 62 posibilita que ésta sea el instru-

mento a través del cual se adoptarán normalmente estas medidas, aun cuando también podrán adoptarse separadamente.

A tal conclusión conduce el hecho de que la LO 1/2004, establece en sus artículos 23, 26 y 27 que las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos de carácter laboral, económico y social previstos en el Título II de dicha Ley, se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima o, excepcionalmente y hasta tanto se dicta dicha orden, con un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género.

En el mismo sentido, el programa de teleasistencia para la protección de las víctimas de la violencia de género puesto en marcha recientemente por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales dirige, igualmente, dicho servicio a las mujeres víctimas de violencia de género que tengan concedida una orden de protección.

La orden de protección a favor de la perjudicada, como se indica en la Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, sobre acreditación por el Ministerio Fiscal de las situaciones de violencia de género, se erige de este modo en requisito necesario y título hábil para que la víctima de violencia de género pueda acogerse a los derechos recogidos en la Ley, posibilitando que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen de forma inmediata los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos.

Lo expuesto exige ponderar desde esta nueva perspectiva el cauce procesal que deben seguir las solicitudes de medidas de protección por parte de las víctimas tanto de violencia de género, como doméstica, y conduce a las siguientes conclusiones:

– Si la medida de protección es solicitada por una mujer víctima de violencia de género, ésta deberá ser informada de que conforme a lo previsto en la LO 1/2004, el reconocimiento de determinados derechos dependerá de la obtención de una orden de protección a su favor, al igual que el acogimiento al programa de teleasistencia del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

– Si dicha medida se solicita por cualesquier otras víctimas de violencia doméstica, éstas deberán conocer que conforme al artículo 544 ter de la LECrim la orden de protección también les confiere un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal previstas en el artículo 544 ter, así como aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico.

– Si una vez suficientemente informada, para lo cual será crucial la asistencia letrada especializada desde el momento mismo de la denuncia prevista en el artículo 20.1 de la Ley, la víctima opta por solicitar únicamente la prohibición de aproximación o cualquier otra de las previstas en el artículo 544 bis o en la LOM-PIVG, por no precisar otro tipo de medidas tutivas, esta protección podrá tramitarse conforme a dicho artículo o conforme a la LO 1/2004.

No obstante, debe recordarse que la petición de una orden de protección nunca debe impedir la adopción urgente de medidas de protección cuando las circunstancias del caso no permitan esperar a la celebración de la audiencia prevista en el artículo 544 ter LECrim, o cuando se prevea que ésta no podrá celebrarse en el plazo de 72 horas legalmente establecido por algún motivo; en estos casos, como ya apuntaron la Circular 3/2003 y la Instrucción 2/2005, de la Fiscalía General del Estado anteriormente citadas, podrán adoptarse las medidas cautelares de carácter penal previstas en el artículo 544 bis LECrim, que no requieren la celebración de comparecencia o medidas de carácter civil para la protección de los hijos menores al amparo del artículo 158.4 Código Civil.

También, aunque la LO 1/2004 guarda silencio al respecto, debe entenderse que en supuestos excepcionales y por concurrir circunstancias acreditadas de especial urgencia será posible adoptar las medidas previstas en ella *inaudita parte* si así lo exige el interés prioritario de protección de la víctima (STC 70/2005, de 4 de abril), sin perjuicio de que tan pronto como sea posible se dé audiencia al sujeto afectado permitiéndole ejercitar su derecho de defensa, tras lo que serán ratificadas o no, de forma que queden garantizados, aún de modo diferido, los principios de contradicción, audiencia y defensa enunciados expresamente en el artículo 68.

En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal en el trámite de adopción de las medidas, son reproducibles los pronunciamientos contenidos en la Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado en el sentido de que en supuestos de urgencia la adopción de las medidas debe primar sobre la intervención del Fiscal, por lo que cabrá su adopción de oficio, o a instancia de parte, estando así expresamente previsto en el artículo 61.2 LOMPIVG.

No obstante, la falta de intervención del Ministerio Fiscal, como recordaba la Circular citada, debe entenderse como algo absolutamente excepcional que, en caso de producirse, debe ser contrarrestada con una participación efectiva en los trámites ulteriores referidos a las medidas así adoptadas, ya que la intervención del Ministerio Fiscal está especialmente indicada y prevista en la Ley (art. 68 LOMPIVG) tanto por la trascendencia de los bienes jurídicos en juego, como por la necesidad de garantizar los derechos de las partes en momentos, generalmente iniciales del proceso, cuando los indicios de criminalidad pueden aparecer poco contrastados.

En relación con este apartado conviene efectuar tres últimas precisiones:

1.<sup>a</sup> Conforme a lo previsto en la DT 2.<sup>a</sup> LOMPIVG las medidas previstas en el Capítulo IV son aplicables a cualquier procedimiento penal o civil relacionado con la violencia de género que se encuentre en tramitación a su entrada en vigor (a estos efectos el 29.6.05), aún cuando éstos continuarán siendo competencia de los órganos que vinieren conociendo de los mismos hasta esa fecha.

2.<sup>a</sup>. Tales medidas deberán ser inscritas en el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica ya que, aunque la LOMPIVG no lo mencione expresamente, conforme al artículo 4 del Real Decreto 355/2004, de 4 de marzo, regulador de dicho Registro, en el mismo han de anotarse los datos relativos a penas y medidas de seguridad impuestas en sentencias por delito o falta y las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación, siempre que hubieran sido adoptadas por los jueces y tribunales de la jurisdicción penal en causas seguidas contra alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal.

3.<sup>a</sup> Los Sres. y Sras. Fiscales deberán velar porque las medidas que se adopten a lo largo del procedimiento a favor de las víctimas de violencia de género, se comuniquen a las mismas como imponen los artículos 109, y en su caso, 544 ter LEcrim, aunque la LOMPIVG no contenga previsión expresa al respecto.

#### F) Pronunciamiento expreso en todo caso

Conforme al citado artículo 61.2 LOMPIVG «En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de alguna de las personas o instituciones mencionadas en el apartado anterior deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en el Capítulo IV».

La lectura de dicho precepto impone dos observaciones:

La primera –derivada de la expresión «en todos los procedimientos»– relativa a que tal pronunciamiento debe efectuarse tanto en los procedimientos que se sigan por delito, como por falta, siempre que estén relacionados con actos de violencia de género. Este enunciado posibilita la adopción de las medidas cautelares penales previstas en esta Ley, también en los procedimientos que se sigan por faltas, cuestión que con la redacción actual del artículo 544 ter 6 de la LECrim no resultaba pacífica, al interpretarse que la remisión de dicho precepto a los requisitos establecidos con carácter general en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no permitía dictar medidas cautelares en tales procedimientos, ya que el artículo 544 bis LECrim se ciñe «a los supuestos de investigación de un delito de los mencionados en el artículo 57 del CP». Ahora bien, dado que no se modifica la redacción de estos últimos preceptos, hemos de entender que el artículo 61.2 LO 1/2004 se refiere a las medidas cautelares y de aseguramiento previstas en este Capítulo y siempre en el hipotético caso de que, en el limitado campo de aplicación de las faltas en el ámbito de la violencia de género (injurias o vejaciones injustas y poco más), cupiesen situaciones objetivas de riesgo que exigiesen la adopción de tales medidas.

La segunda conclusión a que se hacía alusión, viene referida a que tal obligación se impone al «Juez competente en todo caso», de modo que éste imperativamente, y caso por caso, deberá pronunciarse expresamente sobre la necesidad de adoptar o no alguna medida de protección, tras valorar la situación de riesgo para la víctima, incluso aunque no sea instada por terceros. Es obvio que con tal previsión el legislador pretende garantizar la protección de la víctima aun cuando la misma o los terceros legitimados para instar las medidas permanezcan inactivos o aunque se produzcan omisiones propiciadas por eventuales supuestos de descoordinación.

#### G) Duración de las Medidas

Afirma la Exposición de Motivos que «se opta por la delimitación temporal de estas medidas (cuando son medidas cautelares) hasta la finalización del proceso». Esta afirmación debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 61.2 LOMPIVG «... el juez competente... deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento... determinando su plazo...» por lo que, pese a lo que pudiera parecer de la lectura de la Exposición de Motivos, no se establecen plazos de duración predeterminados, sino que se deja a la decisión del Juez (art. 61.2), como no podía ser de otra manera, ya que en tanto medidas cautelares su duración estará en función de la que tenga la situación de riesgo que pretenden eliminar. En todo caso, si la medida cautelar es privativa de libertad su duración máxima será la prevista en el artículo 504 LECrim, o en otro caso, se atenderá a la que tendría si se impusiese como pena o medida de seguridad.

Esta previsión de pronunciamiento expreso sobre la duración de las medidas ciertamente acabará con la indeseable práctica de adopción de medidas cautelares sin determinación de su plazo de vigencia que se observaba en el uso forense.

Aún así, la mención de la Exposición de Motivos fundamentalmente viene referida a la previsión contenida en el artículo 69 LOMPIVG conforme a la cual, las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva (entiéndase en la instancia) y durante la tramitación de los eventuales recursos, a fin de garantizar también la protección de la víctima en el tiempo que transcurre desde que se dicta sentencia en la primera instancia hasta que recae sentencia firme, así como en supuestos de anulación de sentencia con retroacción de la causa.

La Ley sólo condiciona la subsistencia de las medidas en tales casos al dictado de un pronunciamiento expreso en este sentido en la sentencia, por lo que los Sres. y Sras. Fiscales deberán velar porque así se produzca instándolo expresamente, cuando fuera necesario para la protección de la víctima en atención de las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado.

Aunque esta prevención (mantenimiento de las medidas cautelares durante la tramitación de los recursos) ya era habitual en la práctica, es de valorar muy positivamente su regulación expresa por cuanto favorece una aplicación uniforme por los distintos órganos de enjuiciamiento.

En este sentido las conclusiones del Seminario anteriormente citado, proponían que las medidas cautelares se mantuvieran en vigor durante el tiempo intermedio hasta que se dictase sentencia firme si persistía la situación de riesgo ya que, en otro caso, se provoca una situación de total indefensión a la víctima o a sus familiares contraria al espíritu de la norma; también aconsejaban instar la adopción como medida cautelar de las prohibiciones que hubieran podido imponerse al reo en la propia sentencia mientras se resuelven los recursos contra ésta.

Por último, debe tenerse presente que el tiempo de duración de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente será abonado para el cumplimiento de la pena conforme a lo dispuesto en el apartado 4.º del artículo 58 CP.

#### H) Elenco de medidas

Concretamente, el Capítulo IV de la LO 1/2004, recoge las siguientes medidas:

H.1 Orden de protección. Prevista en el artículo 62. Sólo la puede adoptar el Juez de Violencia sobre la mujer y, en su caso, el Juez de guardia (*vid. supra*). Por lo demás remite a lo dispuesto en el artículo 544 ter LECrim.

H.2 Protección de datos y limitaciones de la publicidad.

Dispone el párrafo primero del artículo 63 «1. En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género se protegerá la intimidad de las víctimas; en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia.

2. Los Jueces competentes podrán acordar de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrolle a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas».

Con tales medidas el legislador pretende evitar fenómenos de victimización secundaria superponiendo el interés de la víctima a todo otro, de acuerdo con el principio de protección integral recogido en el artículo 2 g) como principio rector de la LO 1/2004 («Fortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de violencia de género»).

Para ello se refuerzan los mecanismos de garantía previstos en la legislación vigente, por una doble vía:

a) De un lado, reforzando la seguridad de las víctimas, preservando del conocimiento del imputado aquellos datos personales de la misma así como de las personas que de ella dependan y que puedan afectar a su seguridad (nuevo domicilio, centro de trabajo, colegio de los hijos, etc.); para ello se podrá acordar durante la instrucción de la causa que no consten en las diligencias tales datos o fijar como domicilio de la testigo la sede del órgano judicial, con el fin de practicar allí las notificaciones, que luego se harán llegar reservadamente a la destinataria. La previsión de reserva se

amplía a cualquier fase del procedimiento y viene a sumarse a la obligación prevista para la fase de instrucción en los artículos 301 y 302 LECrim con carácter genérico.

La misma finalidad protectora informa la prevención contenida en el modelo de solicitud de la orden de protección, cuando dispone que, si la solicitante manifiesta su deseo de abandonar el domicilio familiar, no debe hacerse constar el nuevo domicilio al que se traslade, ni tampoco el número de teléfono propio, bastando la designación del domicilio o el teléfono de una tercera persona que garantice la citación de la solicitante ante la policía o ante el Juzgado.

Todo ello, con independencia de la adopción de las medidas de prevención previstas en la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales, cuando se aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, la libertad o los bienes de la víctima-testigo, o de su cónyuge, o de quien estuviera unido a ella por análoga relación de afectividad, o de sus descendientes o hermanos.

Debe recordarse que, conforme al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de fecha 6 de octubre de 2000, la adopción de la medida de impedir la visualización del testimonio de un testigo en el acto del juicio oral por parte del acusado, a que hace referencia el apartado *b*) del artículo 2 LO 19/1994, precisa que el Tribunal motive razonablemente su decisión.

Cuando las víctimas fueren menores de edad se podrán adoptar medidas excepcionales de protección como las previstas en la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que reformó en esta materia los artículos 448, 455, 707 y 713 de dicha Ley procesal, evitando careos o la confrontación visual con el agresor durante la práctica de la declaración testifical. Asimismo deben cuidarse especialmente las comparecencias de los menores, articulándolas de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, preservando su intimidad como preceptúa el artículo 9.1 LO 1/1996.

*b)* De otro, proporcionando una mayor tutela del derecho a la intimidad de las víctimas, en tanto que derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana; para ello, además de establecer la obligación de proteger, en todo caso, los datos personales de las víctimas de violencia de género, así como de sus descendientes y otras personas sometidas a su guarda y custodia (art. 63.1) limita la publicidad del juicio oral frente a la difusión de información o la utilización de su nombre o imagen, de forma que no tenga que soportar la revelación de datos íntimamente imbricados en su esfera personal o familiar.

De modo que, si bien el principio de publicidad de las actuaciones judiciales garantizado en el artículo 120.1 CE («las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento») impone que la regla general debe ser que las vistas se desarrolle con publicidad, si tal principio entra en conflicto con derechos fundamentales de la víctima, el Juez o Tribunal de oficio o a instancia de parte, podrá acordar motivadamente que se desarrolle a puerta cerrada previa ponderación de los derechos en juego conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad (STC 57/2004, de 19 de abril).

Igualmente serán de aplicación, en su caso, las prevenciones de la LO 19/1994 en cuanto a la prohibición de tomar imágenes de testigos (art. 3.1) y las de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, cuando dispone que el Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto en la legislación procesal (art. 15.5).

Asimismo debe recordarse que el artículo 4.1 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reputa intromisión, «cualquier utilización de su imagen o nombre en los medios de comunicación... que sea contraria a sus intereses» y la STC de 14 de febrero de 1991 afirma que «es preciso preservar al menor de los efectos adversos que puedan resultar de la publicidad de las actuaciones judiciales, por lo que puede y debe, limitarse en estos casos la publicidad del proceso, como excepción al derecho a un proceso público».

Con relación a los procedimientos civiles relacionados con la violencia de género, debe recordarse que de conformidad con los artículos 147 y 187 de la LEC, las vistas y comparecencia deben ser registradas en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen..., pudiendo las partes pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales, prescripción que a la luz de lo dispuesto en el artículo 60 LOMPIVG podría modularse de forma motivada si así fuera necesario para proteger el interés de la víctima.

La cautela introducida en el apartado segundo del artículo 63 corre pareja a la contenida en el artículo 232.2 LOPJ con carácter general para todos los procesos jurisdiccionales («Los Jueces y Tribunales pueden limitar el ámbito de la publicidad excepcionalmente por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades mediante resolución motivada») y en los artículos 138.2 y 754 LEC en relación con los procesos civiles –regulación que, además, es supletoria para el resto de los procesos en virtud del art. 4 de dicha Ley procesal civil– cuando prevén la celebración de las actuaciones a puerta cerrada si «... los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exigen...» o «que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138». Por su parte el artículo 140 de la LEC establece el alcance de esta última medida al disponer «quienes acrediten un interés legítimo, podrán examinar las actuaciones judiciales y pedir copia de los documentos. Si se atribuye a los autos carácter reservado, sólo las partes podrán conocer las actuaciones».

Por último recordar que el artículo 20.4 CE establece que las libertades consagradas en dicho precepto (libertad de expresión y derecho a la información) tienen su límite en el respeto del derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.

### H.3 Medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones.

#### a) Salida del domicilio.

Se trata de medidas ya previstas en el artículo 544 bis LEcRim, salvo la salida del domicilio y la prohibición de volver al mismo, que, de algún modo, se aplicaba implícitamente al decretar la prohibición de acercamiento a la víctima o de residencia en determinado lugar. En cualquier caso, debe valorarse muy positivamente su inclusión expresa, ya que resulta inaceptable que la víctima, además de padecer la agresión se vea penalizada con la necesidad de abandonar su domicilio para protegerse de nuevas agresiones y poder mantener la denuncia. Dada su redacción, dicha medida podrá adoptarse con independencia de la titularidad de la vivienda, ya que sólo afecta a su uso.

Con carácter excepcional el artículo 64.2 LOMPIVG prevé que el Juez podrá autorizar que la persona protegida concierte con una agencia o sociedad pública, allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de vivien-

das, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen. Esta posibilidad, prevista con carácter excepcional y condicionada a supuestos de copropiedad de la vivienda pretende posibilitar que la víctima mantenga la vivienda familiar, al tiempo que facilitarle el acceso a una tercera vivienda, cuando las circunstancias le imponga un provisional cambio de residencia.

*b) Alejamiento.*

Dispone el artículo 64 que el Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida. Es una medida cuyo contenido coincide esencialmente con el de la pena prevista en el artículo 48 CP, con la medida de seguridad del artículo 105 g) CP y con el de la medida cautelar personal del artículo 544 bis LECrim, si bien se establece expresamente la obligación de fijar una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida, distancia que en el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género –que el art. 31.3 LOMPIVG dispone expresamente que habrá de ser tenido en cuenta en la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado– se fija en al menos 500 metros a fin de evitar la confrontación visual entre la víctima y el imputado. También es novedosa la previsión de que el alejamiento se pueda acordar con independencia de que la persona afectada o aquellas a quien se pretenda proteger hubieran abandonado previamente el lugar, lo que obedece a la finalidad de posibilitar que la persona protegida pueda regresar a su entorno habitual si decidió abandonarlo para asegurar su protección o la de su familia.

El artículo 64.3 prevé que «podrá acordarse la utilización de instrumentos de tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento», de modo que la posibilidad de utilización de tales mecanismos prevista inicialmente sólo para los penados en el artículo 48.4 CP (redacción LO 15/2003), se hace extensivo al control de las medidas de alejamiento impuestas con carácter cautelar en los procedimientos que se sigan por violencia de género, mas no en relación con otros delitos que posibiliten la adopción de dicha medida (art. 57 CP).

*c) Prohibición de comunicación, medida que también resulta de idéntico contenido a la ya prevista en el artículo 544 bis LECrim.*

**H.4 Suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.**

También resulta muy positiva la regulación explícita de la suspensión de la patria potestad o custodia como medida cautelar durante la sustanciación de la causa y resulta acorde con la introducción de la inhabilitación especial para el ejercicio de los mismos derechos como pena principal en los nuevos delitos de los artículos 153, 173.2 (redacción LO 11/2003) 171.4 y 5 y 172.2 (redacción LO 1/2004) en determinados supuestos. Esta medida resultará especialmente necesaria si las circunstancias que concurren son graves posibilitando su adopción e incluso su mantenimiento como tal medida cautelar hasta la sentencia firme sin necesidad de acudir al proceso civil. La regulación de esta medida debe ponerse en relación con el artículo 46 CP, reformado por la LO 15/2003, regulador de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, donde se incluye como novedad que se pueda acordar respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado.

Ahora bien, dado el ámbito de aplicación previsto en la LOMPIVG, sólo será aplicable cuando la violencia sobre los menores guarde conexión con la situación de la mujer, quedando subsistente, por tanto, la necesidad de establecer su previsión

específica como medida cautelar en el elenco de posibilidades que proporciona el artículo 544 bis LECrim para abarcar los supuestos de conductas delictivas graves dirigidas contra los menores, etc., sin relación con situaciones de violencia de género, aunque conforme al artículo 544 ter LECrim podrá ser adoptada como medida civil en la orden de protección si el hecho está relacionado con la violencia doméstica.

Conviene recordar, por último, que se trata de medidas de suspensión, por lo que la privación de tales derechos sólo cabe imponerla por sentencia y en relación con aquellos delitos que expresamente prevean la correspondiente inhabilitación especial como pena.

#### H.5 Suspensión del régimen de visitas.

Una de las propuestas suscitada en el Primer Encuentro de Violencia Doméstica, ya mencionado, consistió precisamente en que la violencia entre la pareja, indiciariamente acreditada, debía ser causa de suspensión inmediata del régimen de visitas respecto de los hijos, desde el entendimiento de que los menores son siempre víctimas, cuando menos, de violencia psicológica, siendo necesario el distanciamiento respecto del maltratador para que puedan recuperarse psicológicamente y para que los hijos no asuman la violencia como medio de resolución de conflictos. No obstante, sin desconocer la fuerza de estos argumentos, fijar en todo caso la suspensión absoluta de cualquier régimen de visitas del agresor para con los hijos comunes puede no resultar oportuna, ya que se puede romper, de manera inadecuada, una relación paterno-filial bien estructurada. Más acertado será estipular, según los casos, el régimen de visitas más acorde al supuesto de hecho, de modo que en ocasiones deberá suspenderse, en otras limitarse y en otras establecerlo progresivamente para poder evaluar el comportamiento del padre y la repercusión en el menor, siempre y cuando se evite el contacto directo de los progenitores y, por tanto, la ocasión para nuevas agresiones y se atienda el hecho de que el padre no instrumentalice a los hijos para seguir maltratando psicológicamente a la mujer.

En este sentido, la Instrucción 4/2004, de 14 de junio, de la Fiscalía General del Estado, acerca de la protección de las víctimas y el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con los delitos de violencia doméstica, apunta que la aplicación de esa medida no debe revestir un carácter indiscriminado y de aplicación automática, sino que habrá de ser reservado para casos cuya gravedad o especial naturaleza así lo aconsejen..., para la protección de los menores que se dibujen como víctimas potenciales de la violencia del agresor.

Como es sabido, la LO 15/2003 introduce una novedad en el artículo 48.2 CP según la cual hasta el total cumplimiento de la pena de prohibición de aproximación quedará en suspenso el régimen de visitas, comunicación y estancia que respecto de los hijos, se hubiera establecido en sentencia civil, mas como indica la Circular 2/2004, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003 esta suspensión del régimen de visitas procederá cuando la prohibición de aproximación se hubiera acordado respecto de los hijos atendiendo a las circunstancias del caso.

#### H.6 Suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas.

Igualmente resulta muy acertado que el legislador prevea expresamente esta medida no recogida en el artículo 544 bis LECrim y que hasta ahora se imponía como medida cautelar al amparo del artículo 13 de dicha Ley procesal. Como pena principal se contemplaba en los nuevos artículos 153 y 173 CP (LO 11/2003) y tras la reforma operada por la LOMPIVG en los artículos 171.4 y 5 y 172.2 del CP también con relación a las amenazas y coacciones leves, mas no en otros relacionados con la violencia

doméstica no afectados por dicha reforma, tales como el homicidio, las amenazas o coacciones graves o las lesiones constitutivas de delito.

## IX. DERECHO SUPLETORIO

Ninguna mención hace el legislador en este punto salvo la remisión a los procedimientos y recursos previstos en las Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Civil, contenida en los nuevos artículos 87 ter LOPJ y 49 bis LEC.

Efectivamente, el apartado primero del artículo 87 ter.1 de la LOPJ (adicionado por el artículo 44 de la LO 1/2004) reza: «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal...». A su vez, el apartado segundo del mismo artículo 87 ter dispone «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil...» La misma prevención se recoge en el nuevo artículo 49 bis.5 LEC «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ejercerán sus competencias en materia civil de forma exclusiva y excluyente, y en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.» Aparte de estas referencias y a diferencia de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado o de Responsabilidad Penal del Menor, la LOMPIVG no menciona a las Leyes de Enjuiciamiento Criminal o Civil como normas supletorias de carácter general, probablemente porque, a diferencia de aquéllas, no crea un régimen procedural nuevo, sino que se introducen sólo determinadas especialidades en los ya existentes. Por tanto, hemos de entender que las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal tienen carácter subsidiario en todo lo no previsto en la LO 1/2004 en lo referido a la tutela procesal civil y penal, siempre que ésta no disponga lo contrario (Disposición derogatoria única).

## X. DERECHO TRANSITORIO

La LO 1/2004 sólo contiene dos disposiciones transitorias, referidas respectivamente (obsérvese que, por error, el enunciado de ambas disposiciones se encuentra cambiado) a los órganos judiciales competentes para el conocimiento de los procedimientos relacionados con la violencia de género que se encuentren en tramitación en el momento de entrada en vigor de la Ley, y a la posibilidad de aplicación de las medidas previstas en el Capítulo IV del Título V a dichos procesos.

### X.I Disposición transitoria primera

«Los procesos civiles y penales relacionados con la violencia de género que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la presente Ley continuarán siendo competencia de los órganos que vinieran conociendo de los mismos hasta su conclusión por sentencia firme.»

Esta afirmación, consecuencia lógica del derecho al Juez predeterminado por la Ley, precisa, no obstante, de alguna matización conforme a lo dispuesto en los propios preceptos de la LO 1/2004:

a) En relación con los procesos civiles: debe tenerse en cuenta que la pérdida de competencia objetiva prevista en el nuevo artículo 49 bis LEC puede afectar a los procesos civiles en tramitación –siempre que no hubieran llegado a la fase del juicio oral– si con posterioridad a la entrada en vigor de la LOMPIVG el Juez civil tuviera noticia de la comisión de un acto de violencia de género cometido bajo la vigencia de la Ley nueva y concurrieran los presupuestos previstos en el artículo 87 ter LOPJ.

b) En relación con los procesos penales: puede ocurrir, que con posterioridad a la entrada en vigor, se tenga noticia de un hecho nuevo que resulte determinante de la habitualidad en la conducta de maltrato, en cuyo caso el Juzgado de Instrucción que esté conociendo de los concretos actos de violencia que integren el delito habitual deberá inhibirse a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer competente para instruir el delito del artículo 173.2 CP salvo que hubiera finalizado la fase de instrucción.

## X.II Disposición transitoria segunda

«En los procesos sobre hechos contemplados en la presente Ley que se encuentren en tramitación a su entrada en vigor, los Juzgados o Tribunales que los estén conociendo podrán adoptar las medidas previstas en el Capítulo IV del título V.»

Esta previsión extiende la posibilidad de que, a partir de la entrada en vigor la LO 1/2004, las medidas previstas en los artículos 61 y siguientes de la LOMPIVG sean aplicables por los Jueces y Tribunales que estuvieran conociendo –conforme a la legislación anterior– de procesos en tramitación por hechos que, en atención a lo dispuesto en la LOMPIVG, se pudieran considerar relacionados con la violencia de género.

## ANEXO I

### **Principales instrumentos internacionales dirigidos a la eliminación de la violencia contra la mujer**

– Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979, ratificada por España el 5 de enero de 1984, y su Protocolo Facultativo de 6 de octubre de 1999, ratificado por España el 24 de julio de 2001.

– Declaración de 20 de diciembre de 1993, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 48/104.

– La Resolución 52/86 de la Asamblea General de la ONU, de 12 de diciembre de 1997, sobre medidas de prevención del delito y de la justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer.

– Declaración de Beijing y su Plataforma de Acción, aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer el 4 de septiembre de 1995.

– Resolución de 16 de septiembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre Campaña Europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres (DOC de 6 de octubre de 1997, núm. 304).

- Decisión 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (programa Daphne I) (2000-2003) sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres.
- Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005).
- Resolución de 13 de marzo de 2002 del Parlamento Europeo sobre Mujeres y Fundamentalismo (DOC de 27 de febrero de 2003, núm. 47-E).
- Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2002) 5 sobre la protección de las mujeres contra la violencia (adoptada el 30 de abril de 2002).
- Decisión 803/2004/CE del Parlamento Europeo, de 21 de abril de 2004, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II).
- Decisión núm. 848/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establece un programa de acción comunitario para la promoción de las organizaciones que trabajan a escala europea en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres y, por último,
- Informe anual de la Unión Europea sobre los derechos humanos 2004, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 13 de septiembre de 2004.

## ANEXO II

### **Normativa Autonómica**

- Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas, de Castilla-La Mancha.
- Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, de Adopción de Medidas Integrales contra la Violencia Sexista del Parlamento de Navarra, modificada por Ley Foral 12/2003, de 7 de marzo.
- Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, de las Cortes de Castilla y León.
- Ley 9/2003, de 2 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, de 2 de abril de 2003, de las Cortes Valencianas.
- Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género, del Parlamento de Canarias.
- Ley 1/2004, de 1 de abril, Integral para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas, del Parlamento de Cantabria.
- Ley 7/2004, de 16 de julio, por la Igualdad de Mujeres y Hombres, del Parlamento de Galicia.



## BIBLIOGRAFÍA

TZITZIS, Stamatis, *La personne criminel et victime*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2004, 176 páginas

Stamatis Tzitzis, que ha publicado diversos trabajos en italiano, francés, portugués, español y griego, pertenece al *Institut de Criminologie* de la Universidad de París II Panthéon-Assas y recientemente ha coordinado (2004) su soberbio *Dictionnaire de criminologie*. Sus publicaciones de Criminología y Filosofía penal son muy abundantes, y ha dirigido durante años la *Revue de philosophie pénale et de criminologie de l'acte*. Sin embargo, Tzitzis no es muy conocido entre los penalistas españoles.

La persona, en el sentido laico del término, es una concepción de los tiempos modernos, ya que ello implicaba la consideración del individuo como portador de Derechos fundamentales y como sujeto de Derechos individuales, y en el escalón más alto de estos Derechos se encuentra la dignidad humana. De hecho, el existencialismo griego consagraba al hombre como el guardián de la «morada» del ser, al tiempo que era su huésped (p. 4). El planteamiento penalista de los clásicos estaba sometido a las exigencias de un Derecho natural propio de su ontología, y a su humanismo, rechazando todos aquellos valores que se conformaban a partir de la voluntad individual. Por el contrario, en el humanismo moderno, y más aun en el ocaso de la modernidad, se impusieron una serie de prohibiciones que empezaron a violar la naturaleza absoluta de la persona humana. En otras palabras, la pena y, por ende, el Derecho penal como idea ontológica perdió valor en la protección de un castigo utilitario conforme a las reglas del personalismo fenomenológico de hoy (p. 5). Sin embargo, con la llegada del personalismo posmoderno, la filosofía penal y los nuevos planteamientos, desde un punto de vista de la Criminología, cambiaron la mentalidad y colocaron en el mismo nivel de valor existencial al «verdugo» y la víctima. Este humanismo posmoderno atribuía a la interioridad humana como un estado de gracia que recaía sobre el mismo semblante; de forma que en este momento se prestaba una atención particular al estatuto ontológico del hombre, y se hacía un análisis de las relaciones entre el delincuente y la sanción y se describía al hombre declarado culpable, desde el punto de vista penalístico, como ciudadano que debía cumplir ciertas funciones en el orden sociopolítico.

El Derecho penal tiene un contenido básicamente ontológico, según Stamatis Tzitzis, puesto que la filosofía del Derecho penal se inscribe fundamentalmente en la esfera de la fenomenología jurídica. Este planteamiento penalista centra su interés en el crimen, tanto en la culpa objetiva como cuando es independiente de la intención del hombre, ya que no se presenta como una ética normativa. Pero el Derecho penal y la Criminología también se estudian desde la vertiente de la teleología penal, es decir, una filosofía que tiene por objeto las finalidades de la punición, que además ha recibido influencias del utilitarismo. Sin embargo, desde la perspectiva de la posmodernidad, la Criminología representará más bien una fenomenología de Derecho penal, de forma que se inició un período en el que no se establecía distinción alguna entre una filosofía penal o de una filosofía de Derecho penal (p. 18). Pero esta nueva visión «se distancia tanto de la ontología de los Antiguos como de la metafísica teológica del Derecho de los tiempos modernos; se abrió a la fenomenología del Derecho según la cual la punición forma parte de un lenguaje establecido en el orden de las Leyes» (p. 19). De esta forma, se estableció la subordinación a la ciencia jurídica que atribuía la primacía a las leyes formales, que sancionaría cualquier delito. Pero esta concepción del Derecho penal fue revisada y adquirió la categoría de ontología criminal. Hoy en día, los derechos subjetivos dominan el orden sociopolítico. Esta nueva revisión desde el punto de vista de la Criminología podría ser considerada más como una disciplina moral que ética. Un nuevo planteamiento de los aspectos penalistas como preludio de la ética médica surgió como consecuencia de las investigaciones en materia de manipulación de los genes con el fin de descubrir el misterio de la creación humana y el equilibrio estructural del hombre y de la sociedad (pp. 24-28), pero para ello era necesario aprender nuevas materias como la bioética, que podían poner en peligro la dignidad humana.

Stamatis Tzitzis atribuye, dicho sea de paso, sin mucha originalidad, a la personalidad del culpable la condición de primera regla para la aplicación de la sanción, en la medida en que en la misma encontramos el patrimonio biológico de su especie. De hecho, la impunidad del individuo declarado penalmente irresponsable se erige en un principio fundamental en el Derecho penal. Otro de los aspectos estudiados por S. Tzitzis es de la libertad ontológica según los griegos, que establecían que el hombre estaba limitado por las reglas del cosmos (pp. 31-35). De forma contraria, en la modernidad se concebía la libertad natural como una libertad en sí misma, sin ningún tipo de límites. Con el advenimiento de la modernidad surgieron doctrinas defensoras y detractoras de la libertad de obrar del individuo, según abogaran por el determinismo –dentro de esta teoría se incluía la corriente protagonizada por el naturalismo– o del indeterminismo, defendido por pensadores como Immanuel Kant, considerado como el «padre» del libre arbitrio, Johann Gottlieb Fichte, Georg Wilhelm Friedrich Hegel o Friedrich Wilhelm Joseph von Schelling, que han buscado argumentos en el indeterminismo moral (pp. 35-45).

La memoria existe en tanto que el ser existe. Esto es lo que refuerza, en el pensamiento de S. Tzitzis, la idea de que el crimen y el delito tienen reper-

cusiones no sólo sobre la existencia humana, sino también, sobre el ser. La memoria alcanza su máxima expresión en el mundo con «hacer la historia» (p. 63). De este modo, la memoria se presenta como el puente que nos une a nuestros ancestros y permite formar un juicio sobre toda la Historia, individual, colectiva, nacional e internacional (p. 63). Por otra parte, el hombre moderno confirió una dimensión política a su ser, de forma que de individuo anónimo se convirtió en ciudadano; en otras palabras, se incluyó en el proceso sociopolítico de la Historia: el criminal se planteaba como un enemigo público que traicionaba el Derecho social y, en consecuencia, debía ser castigado y sancionado por el Derecho penal. Pero si hay algo que ha caracterizado a la posmodernidad ha sido la asunción de multitud de teorías metafísicas del mundo, que imponían al individuo su voluntad como creador de derechos y de deberes (p. 67). La posmodernidad ha presentado toda perspectiva trascendente del ser como «demasiado tenebrosa y opuesta a las luces de la razón» (p. 70). De hecho, cualquier pensamiento que se esforzara por esclarecer el fondo de la densidad ontológica del hombre tenía la consideración de «sospechoso». La posmodernidad, que se ha distanciado en cierta medida de la ontología, ha reconocido ciertamente la irreductibilidad de la persona como criatura privilegiada en el mundo vivo. A juicio de Tzitzis, en la posmodernidad «se ha pasado de una democratización de la cultura a la democracia cultural» (p. 74). Este personalismo moderno se interesa por la protección de los individuos en el cumplimiento de las reglas establecidas en la sociedad, ya que en caso contrario este sujeto tenía que ser sometido al Derecho penal (p. 78).

El humanismo posmoderno ha sido una construcción del ideal humano, humanismo que se fundamentaba en la duda cartesiana (p. 87) y que se presentaba al mismo tiempo como una religión laica. En palabras de Stamatios Tzitzis «conciencia y memoria son las facultades privilegiadas del hombre para nombrar las etapas de los tiempos entre lo efímero y la eternidad» (p. 91). La memoria podía reconstruir el génesis del mundo, y hacer posible las creaciones de la vida activa y de la vida contemplativa. Para los antiguos, la responsabilidad penal estaba unida a la *hybris*, hecho objetivo que comportaba un desorden en el orden de las cosas, mientras que la *aitios*, se refería a la responsabilidad, que indicaba lo que acontecía, independientemente de su intención y a causa de una *hybris*. Y esta responsabilidad debía ser tenida en cuenta desde un punto de vista criminológico y penalista. La negación de estatus humano a ciertas categorías de personas en los campos de concentración ha tenido la consideración de un no-reconocimiento de la dignidad a ciertos grupos de personas, y la categoría de «crímenes contra la humanidad». De hecho, para el nazismo, la dignidad humana pertenecía a la persona formada conforme a los criterios axiológicos de su ideología y, por tanto, los judíos carecían de la misma. Pero este «patetismo» criminal pervive aún hoy día en algunos países democráticos que mantienen vigente la pena de muerte, como es el caso de algunos de los estados de EE.UU. Esta medida es calificada por Tzitzis como una medida «bárbara e indigna de cualquier cultura humanista» y, por ello, contraria a las ideas democráticas (p. 122). Por diver-

sos motivos, la posmodernidad ha sido hostil en todo momento al planteamiento criminológico de la pena de muerte, y para ello se ha fundamentado en una ideología política inspirada por los «Iluminados», que anuncianaban el progreso humanitario gracias al progreso de la razón y abogaban por un humanismo laico, que protegiera al individuo contra los abusos del Estado. La victimología ha elaborado toda una filosofía alrededor de la defensa de la víctima como persona, es decir, como portador de derechos y deberes individuales. Ello requería, en consecuencia, la reparación tanto moral como material de cualquier daño injustamente sufrido.

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE

MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, *La violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho comparado*, Paracuellos del Jarama (Madrid), 2005, Editorial Dilex, S. L.

1. Existen todavía españoles que padecen un (falso) complejo de inferioridad. Aún se escuchan frases como «España es un país terceromundista; a ver si de una vez nos parecemos al resto de los europeos o a los habitantes de los Estados Unidos de América». Tal vez esa declaración estuviera justificada hasta hace unas décadas, porque reflejaba también la imagen que el resto de los europeos tenía de nosotros. Pero incluso hace ya ciento setenta años –concretamente en 1835–, cuando había muchísimas más razones que ahora para asumir el referido complejo, Mariano José de Larra, que zahería sin piedad las costumbres españolas, se manifestaba bastante equilibrado al respecto: «Cuando nos quejamos de que *esto no marcha*, y de que la España no progresá, no hacemos más que enunciar una idea relativa; generalizada la proposición de esa suerte, es evidentemente falsa; reducida a sus límites verdaderos, hay un gran fondo de verdad en ella» (1).

He añadido el calificativo de «falso» al complejo de inferioridad porque suele ser frecuente que el acomplejado reaccione con un orgullo desproporcionado si es un extranjero quien hace la crítica contra algún hábito español.

En la actualidad, no cabe duda de que nuestro país pertenece al llamado primer mundo. Para llegar a semejante conclusión, no hace falta recurrir a muchos indicadores económicos, basta con visitar alguno de los numerosos países que de verdad pertenecen al tercer mundo y comparar sus coches o sus calles y carreteras con los nuestros.

2. También podría mantenerse que hay una criminalidad de primer y de tercer mundo, puesto que cada sociedad genera una delincuencia que obe-

---

(1) LARRA, «La diligencia», *Artículos de costumbres*, Antología dispuesta y prologada por Azorín, 19.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1988, ed. Espasa-Calpe, p. 55.

dece a un contexto, que está en consonancia con su sistema político, social y económico.

En el ámbito de las infracciones que tienen que ver con la violencia contra la mujer, podría mantenerse que el aumento desmesurado de las mismas en España obedece única y exclusivamente al clásico machismo español. Se trataría de una versión particular de nuestro genérico complejo de inferioridad: las numerosas muertes o lesiones de mujeres a mano de sus cónyuges, ex cónyuges o parejas de hecho sólo se explicarían en clave de la violencia machista tan extendida entre los varones españoles.

Si para evitar padecer un complejo de inferioridad nacional o –al contrario– para huir de una autoestima nacionalista exacerbada y desproporcionada no hay duda que el mejor remedio es viajar y comparar, puede sostenerse lo mismo respecto a actitudes reduccionistas en materia de criminalidad contra la mujer: que no hay nada mejor que compararnos con otros sistemas jurídicos.

3. Esto es lo que hace el muy recomendable libro de Virginia Mayor domo, *la violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho comparado*. En él se examina la normativa y práctica de la protección de la mujer contra la violencia en el ámbito familiar en España, en dos países de nuestro entorno (Francia e Italia) y en otros dos que han sido pioneros en esta materia (Reino Unido y Estados Unidos de América). El valor de estas obras *ius comparatistas* estriba no sólo en facilitar una información de primera mano y en castellano de lo que ocurre en otras latitudes, sino, además, en superar las dificultades que se suscitan cuando uno investiga la regulación de otros ordenamientos jurídicos. En efecto, para comprender en sus justos términos tal regulación no basta con conocerla superficialmente, sino que además hay que descubrir las bases del correspondiente sistema jurídico, así como los problemas básicos que son los que determinan que las reglas jurídicas sean como realmente son. Las normas no surgen por generación espontánea, sino que tienen tras de sí una concreta historia y un problema social al que pretenden dar solución.

En el ámbito español, es conocida la alta «cifra negra» (falta de persecución penal) en estas infracciones. A ello contribuyen diversos factores, pero muy especialmente el miedo de la mujer a denunciar los hechos, por temor a las posibles represalias del varón, así como la tendencia policial a no inmiscuirse en lo que se suele considerar un asunto interno o puramente doméstico. La retirada de denuncias, una vez presentadas, se encuentra en España en torno al 12 ó 13 por 100 (pp. 152-153). Pues bien, se podría aplicar aquí el refrán español de que «en todas partes cuecen habas». La autora detecta que uno o ambos factores también pueden ser constatados en Francia (pp. 85 y 90), en Italia (p. 107), en Inglaterra (pp. 125-126), y en los Estados Unidos (pp. 139 y 141). La orden de protección, que han adoptado ya varios países europeos, procede de los Estados Unidos, bajo las denominaciones de *civil protection orders* o bien *temporary restraining orders* (p. 190). En definitiva, no vale aquí la explicación ligada al ya referido complejo de inferioridad,

sino que en nuestro país tenemos una criminalidad doméstica violenta y una legislación para hacerle frente, similares a los de los países examinados.

4. Virginia Mayordomo es una experta en el tema tratado. En el año 2003 ya publicó su monografía *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*. Ahora acota su campo de investigación a la violencia contra la mujer. Pero precisamente porque no es una «novata» en este territorio, no se limita a una mera exposición del *status quo* en esta materia, sino que expresa abiertamente sus tomas de postura, algunas con un marcado tinte crítico.

Así, por ejemplo, se manifiesta favorable a la mediación, aunque en España está declarada prohibida (pp. 192-194). Critica que en Italia las víctimas de un delito persegurable a instancia de parte estén mejor protegidas que las víctimas de los delitos persegubles de oficio (p. 107). Resalta, asimismo, la desordenada regulación española, así como las constantes modificaciones legales sobre el tema de la violencia contra la mujer (p. 146).

Ante la hipótesis de denuncias falsas, apunta las posibles soluciones para erradicarlas o al menos para evitar su proliferación (p. 171). En su opinión, en tal caso cabe desde el archivo de las diligencias, hasta el inicio del proceso por denuncia o acusación falsa, por falso testimonio o por falsedad en documento público o privado, pasando por la solución intermedia de condenar en costas a quien ha iniciado un proceso por capricho o con mentiras.

Considera (p. 160) desproporcionadamente grave la elevación de la antigua falta de maltrato ocasional a delito no sólo en lo que respecta a la pena de esta conducta, sino, además, porque la condena puede conllevar la suspensión del régimen de visitas a los hijos (art. 57.2 en relación con el art. 48.3 del Código Penal); porque la reconciliación puede suponer incurrir en el delito de quebrantamiento de condena para ambos miembros de la pareja (art. 468 del Código Penal); y porque la condena de un extranjero puede dar lugar a la expulsión automática del territorio nacional (art. 89 del Código Penal), con la posible sorpresa consiguiente de la mujer maltratada.

Virginia Mayordomo se muestra contraria a la agravación de la pena por razón del sexo de la víctima, lo que considera una frontal vulneración del principio de igualdad, garantizado en el artículo 14 de la Constitución, así como una nueva concepción del denostado Derecho penal de autor (pp. 165 y 166). A su juicio, la agravación debería quedar fundamentada en la «especial vulnerabilidad de la víctima», sin atender a su sexo, aunque también apunta la solución de descartar los tipos específicos en esta materia, bastando entonces con la aplicación de la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad, prevista en el artículo 22.2.<sup>a</sup> del Código Penal.

De esta manera, la Profesora de la Universidad del País Vasco se une a las numerosas cuestiones de inconstitucionalidad formuladas por diversos órganos jurisdiccionales respecto a los artículos 57.2, 153.1 y 171.4 y 6 del Código Penal, que cuando escribo estas líneas (abril de 2006) han sido admitidas a trámite, según consta en el *Boletín Oficial del Estado*, de 30 de septiembre de 2005, de 31 de enero de 2006, de 28 de febrero de 2006, de 13 de marzo de 2006, de 30 de marzo de 2006 y de 8 de abril de 2006.

5. Se trata, pues, de una obra cuya lectura recomiendo enérgicamente. A la autora del libro recensionado se le podría aplicar aquella opinión del ya citado Larra, quien al comentar la traducción de la obra de teatro «Hernani», de Víctor Hugo, expresó: «Traduzcan los demás como el señor de Ochoa, y nuestra pluma, constantemente imparcial, correrá sobre el papel para el elogio con más placer que para la amarga crítica» (2). La alabanza debe ampliarse —añado yo— a la clarísima exposición y a las opiniones bien razonadas y fundamentadas que incluye en su monografía Virginia Mayordomo.

ANTONIO CUERDA RIEZU  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

---

(2) LARRA, «Hernani o el honor castellano», *op. cit.*, p. 129.





